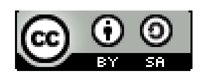
Olaf Hohlefelder

Kollektivierung und Opt-Out – Die neue Grundnorm des Urheberrechts?

Universitätsverlag Göttingen

Olaf Hohlefelder

Kollektivierung und Opt-Out – Die neue Grundnorm des Urheberrechts?



erschienen im Universitätsverlag Göttingen 2015

Olaf Hohlefelder

Kollektivierung und Opt-Out – Die neue Grundnorm des Urheberrechts?

Modelle im Vergleich:
Google Books Settlement, § 137l UrhG,
Richtlinie Orphan Works und die
Wahrnehmungsbefugnis der VG Wort



Universitätsverlag Göttingen
2015

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

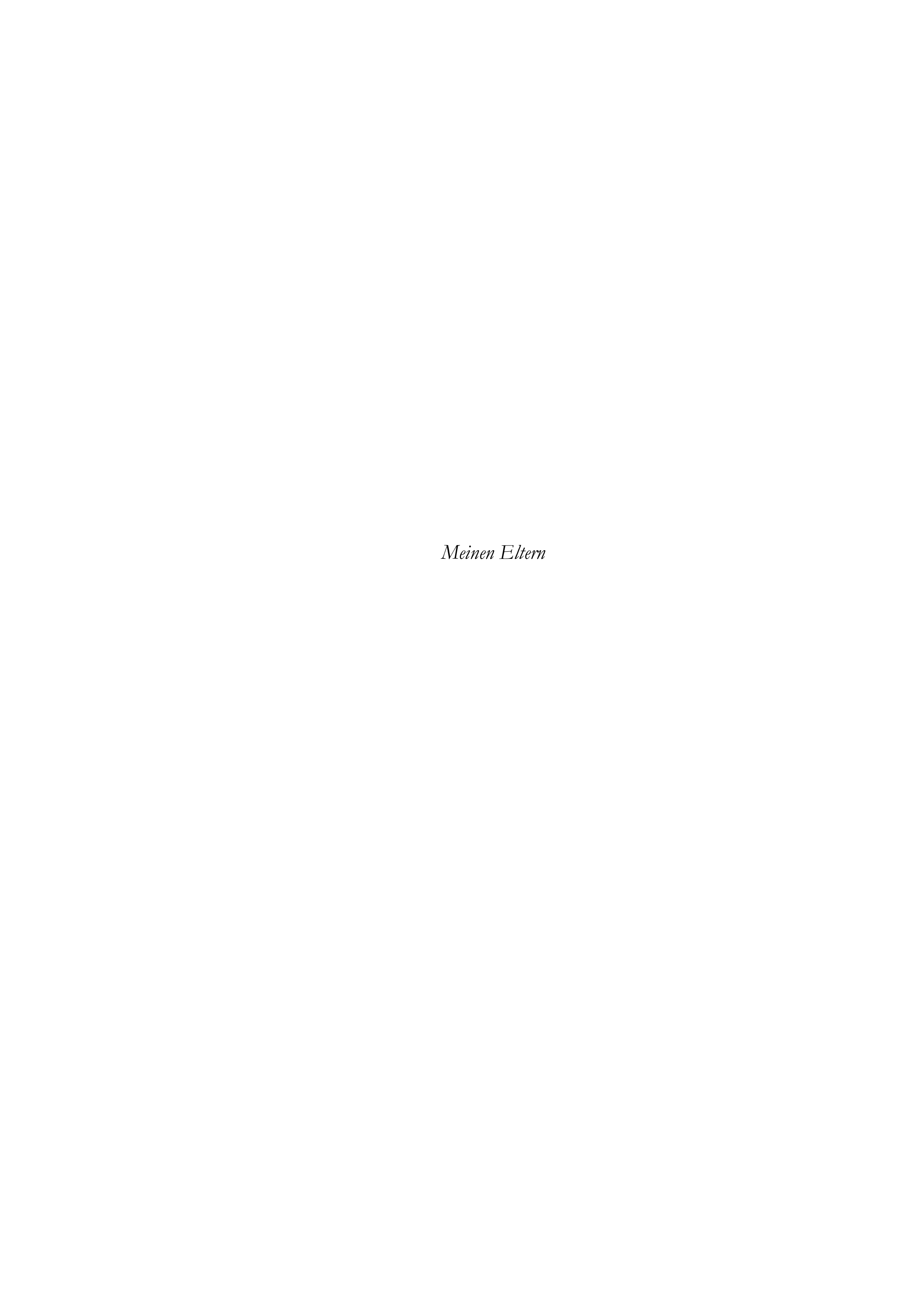
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Anschrift des Autors
Olaf Hohlefelder
E-Mail: hohlefelder@ra-hohlefelder.de

Satz und Layout: Jan Kaluza
Umschlaggestaltung: Petra Lepschy

D.30

http://univerlag.uni-goettingen.de
ISBN: 978-3-86395-223-5



Meinen Eltern

Danksagung

Diese Schrift ist meinen Eltern gewidmet. Sie haben diese erst ermöglicht und mir während der Erstellung mit kostbarem Rat und liebevoller Fürsorge zur Seite gestanden. Mein besonderer Dank gilt Catharina. Sie war meine größte Stütze und Motivation.

Meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Alexander Peukert möchte ich für die Möglichkeit danken, diese Schrift in größtmöglicher Freiheit verwirklichen zu können. Das hervorragende Angebot zum inhaltlichen Austausch mit Persönlichkeiten aus dem In- und Ausland im Excellenzcluster Normative Ordnungen war eine besondere Bereicherung. Herrn Professor Dr. Tomas Brinkmann danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1 Einführung und Gang der Untersuchung

A. Einführung

Das Internet macht urheberrechtlich geschützte Werke massenhaft und ubiquitär verfügbar und leicht zugänglich. E-Books können bequem über einschlägige Onlineplattformen bezogen oder über Internetportale eingesehen werden. Dasselbe gilt für Zeitungen, Zeitschriften, Musik, Filme und andere urheberrechtlich geschützte Werke. Die Digitalisierung bisher nur in analoger Form verfügbarer Werke rückt seit Jahren in den Blickpunkt der urheberrechtlichen Debatte. Während die Digitalisierung der Gesellschaft einen universellen Zugang zu ihrem kulturellem Erbe ermöglicht und es konserviert, stehen auf der anderen Seite die wirtschaftlichen Interessen von Intermediären und Werkschaffenden. Denn der mit der Digitalisierung einhergehende Wandel bringt zugleich eine Vielzahl neuer Vertriebsmöglichkeiten mit sich, auch für die bisher nur analog verfügbaren Werke.[1] Die urheberrechtliche Verwertung erfolgt zunehmend in unkörperlicher Form auf internetfähigen Mobilgeräten.[2] Das Angebot zielt immer öfter auf die bloße Wahrnehmbarmachung für den Nutzer über Onlineportale ab. Streaming-

[1] Dreier/Schulze/*Dreier*, Einl, Rn 25.

[2] *BITKOM*, Markt & Statistik, abrufbar unter: http://www.bitkom.org/de/markt_statistik/64042_73632.aspx (Stand: Juli 2014); *Statistisches Bundesamt*, Pressemitteilung vom 11.3.2014 – 089/14.

dienste rücken in den Mittelpunkt des Verbraucherinteresses und der Anbieter.[3] Die Rentabilität derartiger Dienste hängt vor allem von der Ausgestaltung von Verträgen mit den Verwertungsgesellschaften ab. Problematisch ist dabei aber nicht, nur einen neuen Tarif auszuhandeln, sondern vielmehr überhaupt einen Lizenzgeber zu haben, der in der Lage ist, eine solche massenhafte Werknutzung zu ermöglichen.[4] Besonders für all die Werke, die noch vor dem Siegeszug des Internets durch die Rechtsinhaber an die Intermediäre lizenziert wurden, ist es ein kaum zu bewältigender Aufwand, die Rechte für die digitale Nutzung nachzulizenzieren.

Das prominenteste Beispiel massenhafter Digitalisierung ist dabei das Programm Google Book Search, das im Jahr 2004 an den Start ging. Google begann – ohne Einverständnis der Schutzrechtsinhaber – weltweit Bücher aus analoger Form zu digitalisieren und über seine Onlineplattform kostenfrei und ohne Abgaben an Urheber oder Lizenzinhaber öffentlich zugänglich zu machen. Ein erster Lösungsvorschlag von Google bestand darin, dass die betroffenen Rechtsinhaber der Einbeziehung in das Projekt widersprechen durften.[5] Damit sollte das Problem einer kostenintensiven individuellen Nachlizenzierung gelöst werden. Das genügte den Rechtsinhabern nicht und es kam zur Klage. Diese sollte mit einem Vergleich beigelegt werden, der den Lösungsvorschlag von Google erneut aufnahm und darüber hinaus eine umfangreiche Rechteverwaltung durch eine neu zu schaffende Gesellschaft vorsah, die sogenannte Book Rights Registry. Der Vergleich, der als Google Book Settlement bekannt geworden ist, scheiterte im Jahr 2011 am Votum des Richters.[6]

Auf den ersten Blick stellt dieses Modell eine spezielle, auf den Anwendungsbereich von Google Book Search zugeschnittene Regelung dar. Auf den zweiten Blick hingegen zeigt sich die übergeordnete Bedeutung dieser Regelung für das Urheberrecht im digitalen Zeitalter insgesamt. Denn sie versucht eine Antwort auf den Konflikt zwischen der Allgemeinheit, die an der Verfügbarkeit von Information interessiert ist, und den Rechtsinhabern, die ihre urheberrechtlich geschützten Werke auch im Internetzeitalter vollumfänglich kontrollieren wollen, zu finden. Dieser Opt-Out genannte Lösungsweg hat dabei eine Reihe von kritischen Stim-

---

[3] *International Business Times*, The Tale of Two Music Deals: How Google's Songza Measures Up To Apple's Beats, 2.7.2014, abrufbar unter: http://www.ibtimes.com/tale-two-music-deals-how-googles-songza-measures-apples-beats-1618100 (Stand: Juli 2014); *Ensthaler*, NJW 2014, 1553.

[4] *BITKOM*, Presseinformation: Einigung von BITKOM und GEMA zu Online-Musik, 8.12.2011, abrufbar unter: https://www.gema.de/uploads/media/PM_BITKOM.pdf (Stand: Juli 2014); *Die Welt*, Spotify nutzt Gema-Lücken und wirkt wie eine Droge, 12.3.2012, abrufbar unter: http://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article 13918201/Spotify-nutzt-Gema-Luecken-und-wirkt-wie-eine-Droge.html (Stand: Juli 2014).

[5] *N.Y. TIMES*, Google Library Database Is Delayed, 12.8.2005, abrufbar unter: http://www.nytimes.com/2005/08/13/arts/13goog.html?_r=0 (Stand: Juli 2014).

[6] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Mar. 22, 2011).

men auf den Plan gerufen. Sie halten das Modell für geradezu unverschämt und argumentieren, es würde das Urheberrecht auf den Kopf stellen.[7] Nach diesen Stimmen ist vor der Nutzung urheberrechtlicher Werke stets eine Zustimmung einzuholen. Dieses Prinzip dürfe nicht einfach umgekehrt werden. Hinzu kommt, dass die kollektive Rechteverwaltung in Deutschland ohnehin kritisch gesehen wird.[8]

In Europa und Deutschland haben ähnliche Lösungswege für die Verfügbarmachung von sogenannten vergriffenen und verwaisten Werken bereits Eingang in das Gesetz gefunden und sind Bestandteil der Vertragspraxis der Verwertungsgesellschaften. Diese Regelungssysteme und auch das Google Book Settlement enthalten aber nicht nur eine Widerspruchsmöglichkeit für den Urheber, sondern bauen zugleich auf einer kollektiven Rechtewahrnehmung auf. Ohne Widerspruch wird die Rechteverwertung über Verwertungsgesellschaften abgewickelt.

B. Ziel und Erkenntnisinteresse der Arbeit

Das dargestellte Spannungsfeld zwischen den Interessen der Rechtsinhaber und der Allgemeinheit steht im Fokus der Arbeit. Zu ihrer Untersuchung dient die bereits im Titel formulierte und in Frageform dargelegte Hypothese „Kollektivierung und Opt-Out – Die neue Grundnorm der Urheberrechts?“.

Der Erkenntniswert der Arbeit liegt dabei in der Untersuchung verschiedener Opt-Out-Modelle, die in jüngster Vergangenheit diskutiert wurden und Einzug in das Urheberrecht gehalten haben. Weitere aktuelle Modelle, die die Untersuchungsgegenstände Kollektivierung und Opt-Out miteinander verknüpfen und auf das deutsche Urheberrecht ausstrahlen, gibt es bisher nicht. Auf die Untersuchung der entscheidenden Regelungen der Modelle folgt der Modellvergleich. Aus dem Vergleich der Modelle werden am Ende Schlüsse gezogen, welchen Impuls die Einführung von Opt-Out-Modellen und die damit unter Umständen einhergehende Kollektivierung auf das Urheberrecht als Ganzes haben kann. Handelt es sich nur um eine Randerscheinung für einzelne und spezielle Sachverhalte, oder ist den Modellen eine grundsätzlichere Tendenz zu entnehmen, die das Urheberrecht im Sinne einer Grundnorm prägt?

---

[7] *N.Y. TIMES*, Google Library Database Is Delayed, 12.8.2005, abrufbar unter: http://www.nytimes.com/2005/08/13/arts/13goog.html?_r=0 (Stand: Juli 2014).

[8] *Flechsig*, ZUM 2013, 745.

C. Gang der Untersuchung

Um die Ausgangsthese zu untersuchen, soll zunächst die Grundnorm des Opt-In dem Opt-Out gegenübergestellt werden. Der Fokus liegt dabei auf den bisherigen Formen des Opt-In und der Darstellung seiner verschiedenen Ausprägungen. Daran schließt eine Erläuterung der Kollektivierung an.

Im Anschluss folgt eine ausführliche Darstellung der im Titel aufgeführten Opt-Out-Modelle. Diese stellen den rechtstatsächlichen Betrachtungsgegenstand der Arbeit dar und bilden ihren Kern. Die Untersuchung erfolgt dabei für alle Modelle anhand derselben Prüfungsparameter, um schließlich einen Vergleich ziehen zu können. Die Prüfungsparameter sind dabei im Einzelnen:

- Entstehung und Problemlage der Regelung
- Interessenlage
- Regelungsgehalt und Konzeption
- Dogmatische Einordnung
- Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht
- Profiteure der Regelung

Im Anschluss an diese Darstellung folgt der Vergleich der Regelungen. Übereinstimmungen und Unterschiede werden herausgearbeitet. Ziel ist dabei zu ermitteln, welcher Kerngehalt allen Modellen gemein ist.

Ausgehend von diesem Kerngehalt erörtert die Arbeit die Fragestellung, ob Kollektivierung und Opt-Out eine oder sogar die neue Grundnorm des Urheberrechts darstellt. Dabei ist fraglich, ob sich das Modell von Kollektivierung und Opt-Out nur für Spezialbereiche des Urheberrechts eignet oder auf das bisherige System insgesamt ausstrahlt. Um dies zu beantworten, muss in einem ersten Schritt geklärt werden, welche Anforderungen an eine Grundnorm als allgemeines Prinzip abweichend oder zusätzlich zu den bisherigen Prinzipien zu stellen sind. Hierzu beleuchtet zunächst das Kapitel 2: „Die Grundnorm" den Begriff und stellt die potentielle Grundnorm Kollektivierung und Opt-Out vor. Erst am Ende der Arbeit, nämlich in Kapitel 5: „Grundnorm und Schlussbetrachtung", gilt es, ausgehend von den Ergebnissen des Modellvergleichs, die aufgestellte Hypothese zu prüfen.

Kapitel 2 Die Grundnorm

A. Einführung zur Grundnorm

Der Begriff der Grundnorm entstammt *Hans Kelsens* „Reiner Rechtslehre" von 1934. Sie stellt eine normativistisch-positivistische Rechtstheorie dar und geht dem Geltungsgrund einer Norm nach.[9] Als Grundnorm zu verstehen ist das oberste Geltungsprinzip eines Normsystems.[10] Alle Normen dieses Systems speisen sich aus dieser Grundnorm und lassen sich auf diese zurückführen.[11] Für eine positive Rechtsordnung insgesamt ist die Grundnorm „die Grundregel, nach der die Normen der Rechtsordnung erzeugt werden, die Einsetzung des Grundtatbestandes der Rechtserzeugung."[12] Aus dieser Grundnorm lassen sich aber nicht einfach die Normen der Rechtsordnung ableiten. Ein weiterer „Setzungsakt" in Form eines Willensaktes ist erforderlich.[13] Die Grundnorm ist allem positiven Rechtsverfahren vorausgesetzt und bedarf selbst keines Rechtssetzungsverfahrens.[14] Die Grundnorm ist dann offenbar, wenn eine Norm nicht weiter aus einer höherran-

---

[9] Hilgendorf/Joerden/*Kammerhofer*, Kapitel 4.III, S. 2 f.
[10] *Kelsen*, 1934, S. 73.
[11] *Kelsen*, 1934, S. 74.
[12] *Kelsen*, 1934, S. 75.
[13] *Kelsen*, 1934, S. 75.
[14] *Kelsen*, 1934, S. 77.

gigen Norm abgeleitet werden kann. Ist man bei einer derartigen Rückverfolgung von einer niedrigen Norm bei der höchstrangigen angelangt, nämlich der Verfassung, stößt eine intrasystemische Geltungsbegründung einer Norm an ihre Grenze.[15] Die Verfassung kann unter Umständen noch auf einer älteren Verfassung, einer „historischen Verfassung“, gründen, unendlich ist eine solche Geltungsbegründung dennoch nicht. Sie endet bei der Grundnorm als oberster Norm.[16] In ihrer Bedeutung soll die Grundnorm mit *Kelsen* „ins Bewusstsein heben, was alle Juristen, zumeist unbewusst, tun, wenn sie […] Tatbestände nicht als kausalgesetzlich bestimmte Fakten begreifen, sondern ihren subjektiven Sinn als objektiv gültige Normen, als normative Rechtsordnung deuten.“[17] Dementsprechend ist die Grundnorm die Erkenntnis, dass eine Norm als Norm (d.h. als Sollen) erkannt wird.[18] Die Grundnorm verleiht einer positiven Rechtsordnung Normativität.[19]

Wie sich der Inhalt einer Grundnorm gestaltet, hängt nach *Kelsens* Analyse von dem Tatbestand ab, „in dem jene Ordnung erzeugt wird, der das tatsächliche Verhalten der Menschen, auf die sich die Ordnung bezieht, bis zu einem gewissen Grad entspricht.“[20] Eine vollständige Übereinstimmung zwischen einer normativen Ordnung und dem tatsächlichen Geschehen ist nicht erforderlich, denn anderenfalls wäre die normative Ordnung sinnfrei, sie würde anordnen, was ohnehin geschieht.[21] Umgekehrt muss eine normative Ordnung der Wirklichkeit bis zu einem gewissen Grad entsprechen, um nicht ihre Geltung zu verlieren. Daraus folgert *Kelsen* ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Verhalten der Menschen und der dieses regelnden Rechtsordnung.[22]

Für die Geltung und Wirksamkeit einer einzelnen Rechtsnorm differenziert *Kelsen*, dass ihre Wirksamkeit nicht im gleichen Abhängigkeitsverhältnis steht. Wirksamkeit und Geltung sind zu unterscheiden. Für die Wirksamkeit kommt es darauf an, dass ein System von Rechtsnormen der Wirklichkeit bzw. dem Verhalten der Menschen im Allgemeinen oder bis zu einem gewissen Grad entspricht.[23] Geltung hingegen bedeutet die spezifische Existenz des Rechts.[24] Die Geltung einer Rechtsordnung wird durch das Fehlen der Wirksamkeit einer einzelnen

---

[15] *Kelsen*, 1934, S. 77; Hilgendorf/Joerden/*Kammerhofer*, Kapitel 4.III, S. 2 f.

[16] *Kelsen*, 1934, S. 85.

[17] *Kelsen,* 1960, S. 209.

[18] Hilgendorf/Joerden/*Kammerhofer*, Kapitel 4.III, S. 4 f.

[19] *Kley/Tophinke*, JA 2001, 169, 172.

[20] *Kelsen*, 1934, S. 79; *Kelsen* unterscheidet hier zwischen einer Grundnorm materiell-statischen Charakters und einer solchen mit formal-dynamischem Charakter. Erstere gilt für Normen der Moral, die schon in ihrer Grundnorm enthalten sind und aus dieser abgeleitet werden können (S. 74, 75). Hier maßgeblich ist die formal-dynamische Grundnorm, die für Rechtsordnungen Anwendung findet, bei denen ein Setzungsakt erforderlich ist (S. 75).

[21] *Kelsen*, 1934, S. 80.

[22] *Kelsen*, 1934, S. 80.

[23] *Kelsen*, 1934, S. 70, 83.

[24] *Kelsen*, 1934, S. 80.

Rechtsnorm nicht berührt. Sie ist gültig, solange sie in dem Erzeugungszusammenhang einer gültigen Ordnung steht.[25]

B. Grundnorm im Urheberrecht

I. Einführung zur Grundnorm

Wenn Opt-Out als potentielle neue Grundnorm des Urheberrechts untersucht wird, stellt sich zunächst die Frage, was die bisherige Grundnorm des Urheberrechts ist, der Opt-Out entspricht. Denklogisch wird man hier auf den Gegensatz zu einem Opt-Out-Regime stoßen, nämlich das Opt-In-Regime, also eine Rechtsgestaltung, bei der der Inhaber einer Rechts-position einem Eingriff Dritter vorher zustimmen muss. Inwiefern dies allerdings berechtigt ist, soll im Folgenden analysiert werden. Dabei soll *Kelsens* Gedanke der Grundnorm angewandt werden.

Führt man diesen Gedanken aus, fällt der Blick zunächst auf das positivrechtliche Wesen des Urheberrechts. Es ist als absolutes Ausschließlichkeitsrecht ausgestaltet, was dem verfassungsrechtlichen Grundsatz, abgeleitet aus der Eigentumsgarantie, entspricht, dass dem Urheber die Früchte seiner schöpferischen Leistung zuzuschlagen sind und ihm die Freiheit einzuräumen ist, in eigener Verantwortung über diese verfügen zu können.[26] Eine Grundnorm nach *Kelsen'*scher Theorie ist darin aber nicht zu erblicken, denn Art. 14 GG ist ebenso wenig „vorausgesetzt" wie ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts. Vielmehr erfordern beide einen Setzungsakt, sind dementsprechend positivrechtlicher Natur und finden ihren intrasystemischen Geltungsgrund in der Verfassung. Sucht man nach einer „historischen Verfassung", stößt man für das Urheberrecht auf die Weimarer Verfassung und ihren Art. 158. Erforderlich ist daher, nun über die intrasystemische Begründungsgrenze der Verfassung zu schreiten. Geht man für das Urheberrecht den Schritt über die Verankerung in der Verfassung in Art. 14 GG, gelangt man von *Ulmer*[27] (Monismus) über *Kohler*[28] (dualistische Theorie) zu *Bluntschli*[29] und *von Gierke*[30] (Lehre vom Urheberpersönlichkeitsrecht) zu *Pütter*[31], *Kant*[32] und *Fichte*[33] (Trennung von Werk und Werkstück/geistiges Eigentum), bis man

---

[25] *Kelsen*, 1934, S. 80.

[26] Schricker/Loewenheim/*Schricker/Loewenheim*, Einl, Rn 25; BVerfG, GRUR 1980, 44, 46 – *Kirchenmusik*; ausdrücklich Erwähnung findet das Urheberrecht bekanntlich nur in Art. 73 Nr. 9 GG.

[27] *Ulmer*, §§ 16 ff.; BT-Drs. IV/270, S. 43.

[28] *Kohler*, S. 128 ff.

[29] *Bluntschli*, § 64, S. 184.

[30] *von Gierke*, § 85, S. 748.

[31] *Pütter*, 1774.

[32] *Kant*, UFITA 106, 1987, S. 137 f.

[33] *Fichte*, UFITA 106, 1987, S. 155 f.

schließlich bei der Arbeitstheorie *Lockes*[34] ankommt. Sie postuliert ein Naturrecht eines jeden Menschen an allen von ihm geschaffenen Gütern. Eine Rückführung auf eine moralphilosophische oder transzendente Ebene führt zu den widerstreitenden naturrechtlich-individualistischen sowie utilitaristisch-kollektivistischen Geltungsbegründungen des Urheberrechts. Eine solche Rückführung auf eine moralphilosophische Ebene soll hier nach rechtspositivistischem Verständnis der „Reinen Rechtslehre" nicht erfolgen, anderenfalls würde der Positivismus aufgehoben.[35] Die Grundnorm erhebt nicht den Anspruch, eine ultimative und absolute Geltungsbegründung für Normen darzustellen oder das Recht in dem Kosmos von Werten zu verankern.[36] Ohnehin würde ein solcher Ansatz aufgrund der zweifelhaften Prämissen der jeweiligen Moralnormen für das Urheberrecht scheitern.[37] Vielmehr geht es bei der Grundnorm allein um die Erkenntnis der Norm als Norm, mithin darum, dass einer normativen Ordnung ein objektiver Sinn des Sollens beigelegt wird.[38] Eine Verankerung der Grundnorm im Metaphysisch-Transzendenten ist daher nicht erforderlich. Vielmehr beansprucht sie Geltung aus sich heraus. Sie ist autoreferenziell.[39] Für die hier interessierende Fragestellung ist die in Europa vorherrschende naturrechtliche Ableitung des Urheberrechts daher lediglich insofern Grundnorm, als sie der Anerkennung des Urheberrechts als subjektives Recht und objektivrechtliche Normierung zur Wirksamkeit verhilft.[40]

II. Positivrechtliche Ausgestaltung

Die Wirklichkeit des Urheberrechts ist, dass zumindest der überwiegende Teil der Menschen seine Existenz als Norm anerkennt. Dem Urheberrecht vorausgesetzt ist somit als Grundnorm die Anerkennung geistigen Schaffens zugunsten der Werkschaffenden. In seiner konkreten Ausgestaltung ist die Gestaltung des Urheberrechts als Immaterialgüterrecht mit materieller und ideeller Komponente im Sinne des Monismus, ganz gleich, worauf man dies moralphilosophisch zurück-

---

[34] *Locke*, S. 291 ff.; zum Ganzen *Dölemeyer/Klippel* in: Festschrift 100 Jahre GRUR, S. 185, 199 f. (Rn 18).

[35] Jabloner/*Kletzer*, S. 257, 264.

[36] d'Aspremont/Kammerhofer/*Kammerhofer*, Kapitel 5, Ziffer 4.1.

[37] *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 481; zusammenfassende Kritik diverser Begründungsansätze vgl. *Stallberg*, S. 330 f.; Depenheuer/Peifer/*Ohly*, S. 146.

[38] d'Aspremont/Kammerhofer/*Kammerhofer*, Kapitel 5, Ziffer 4.1.

[39] d'Aspremont/Kammerhofer/*Kammerhofer*, Kapitel 5, Ziffer 4.1; Krawietz/Schelsky/*Walter*, S. 605, 608.

[40] Schricker/Loewenheim/*Loewenheim*, Einl, Rn 1; Schricker/Loewenheim/*Vogel/Loewenheim*, § 1 UrhG, Rn 1.

führt, herrschend.[41] Entscheidend ist die Zuordnung des Immaterialguts zu einer konkreten Person. Sie führt zur Verfügbarkeit als Rechtsobjekt.[42] Dies zeigt sich in seiner positivrechtlichen Ausgestaltung als absolutes Ausschließlichkeitsrecht. § 11 UrhG macht deutlich, dass es sich um ein gegenständliches oder „quasidingliches" Recht handelt, das auf den Gegenstand des Werkes bezogen ist, und ordnet dieses dem Rechtsinhaber zu. Die Herrschaftsmacht des Schöpfers drückt sich in der Befugnis aus, mit dem Werk nach seinem Gutdünken zu verfahren (positives Nutzungsrecht, §§ 12 ff., 15 ff. UrhG) und zugleich Dritte von der Einwirkung auszuschließen (negatives Verbotsrecht, §§ 97 ff. UrhG). Aufgrund dieser Befugnis ist der Begriff des geistigen Eigentums weit verbreitet, wenngleich er verdunkelt, dass eine gleichzeitige Nutzung desselben geistigen Werks nicht ausgeschlossen ist und auch die persönlichkeitsrechtliche Seite des Urheberrechts unberücksichtigt bleibt.[43] Gerade dies verhindert die Analogie zum schlichten Sacheigentum.[44] Vielmehr wird in dem Begriff des geistigen Eigentums zu Recht eine „ewige Wiederkehr" des Naturrechts gesehen und er wird teilweise als „ideologischer Kampfbegriff" eingestuft, um Forderungen nach gesetzgeberischen Inhaltsbestimmungen als dem Gesetzgeber aus der Natur der Sache vorgegeben erscheinen zu lassen.[45] Der BGH hingegen setzte diese naturrechtliche Bestimmung des Urheberrechts in seiner *Grundig*-Entscheidung voraus.[46] Als neutralen Begriff ohne moralphilosophische Prägung schlägt *Hirsch* den Begriff der Werkherrschaft vor.[47]

Freilich ist das „geistige Eigentum" oder die „Werkherrschaft" nicht unbegrenzt. Nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG soll das Urheberrecht Inhalts- und Schrankenbestimmungen unterliegen. Zu nennen ist der urheberrechtliche Schrankenkatalog der §§ 44a ff. UrhG. Im Vergleich zum Sacheigentum des § 903 BGB mit seinen Schranken zeigt sich für das Urheberrecht eine viel stärkere Detaillierung zugunsten der Allgemeinheit. Eine gesetzliche Lizenz kennt das Sachenrecht des BGB nicht in der Form, dass im Austausch zum Unterlassungsanspruch eine Ver-

---

[41] Vgl. § 29 Abs. 1 UrhG; statt aller *Ulmer*, §§ 16 ff.; Dreier/Schulze/*Schulze*, § 29, Rn 1; Schricker/Loewen-heim/*Dietz/Peukert*, § 12 UrhG, Rn 6; Wandtke/Bullinger/*Bullinger*, § 11 UrhG, Rn 1; *Rehbinder/Peukert*, Rn 51; *Schack*, Rn 21.

[42] *Schack*, Rn 21.

[43] *Götting*, GRUR 2006, 353 ff.

[44] *Rehbinder/Peukert*, Rn 137, 139.

[45] Hilty/Jaeger/Kitz/*Grünberger*, S. 4; *Rehbinder/Peukert*, Rn 137; a.A. *Götting*, GRUR 2006, 353, der den Begriff für praktikabel hält; ähnlich *Schack*, Rn 23, aufgrund der Eignung, öffentliche Akzeptanz zu schaffen.

[46] BGH, GRUR 1955, 492 ff. – *Grundig-Reporter*; *Rehbinder,* Rn 97 nennt dies ein „klassisches Zeugnis dieser rechtstheoretischen Verirrung aus der Zeit der naturrechtlichen Phase des BGH".

[47] *Hirsch*, UFITA 36, 1962, 19-54; gegen den Begriff insgesamt *Rigamonti*, (passim); *Rehbinder/Peukert*, Rn 137; a.A. *Schack*, Rn 23, Verselbständigung des Herrschaftsobjekts von seinem Schöpfer.

gütungspflicht besteht. Ökonomisch gesprochen ersetzte die gesetzliche Lizenz die „Property Rule“ durch die „Liability Rule“.[48]

1. Verankerung von Opt-In im Urheberrecht

a. Verankerung von Opt-In im UrhG

Für die hier gegenständliche Frage der neuen Grundnorm Opt-Out ist zunächst die Verankerung des Opt-In-Prinzips von entscheidender Bedeutung. Sie zeigt sich letztlich an der soeben erwähnten Ausgestaltung des Urheberrechts als absolutes Ausschließlichkeitsrecht, sei es als „geistiges Eigentum“ oder „Werkherrschaft“ bezeichnet. Denn Ausschließlichkeit bedeutet letztlich, dass jeder Umgang mit einem Werk von dem Willen des Urhebers abhängig ist. Ökonomisch gesehen ist dies eine Property Rule.[49] Die Verankerung dieser Befugnis zeigt sich im deutschen Urheberrecht an unterschiedlichen Stellen. Exemplarisch können insbesondere die §§ 12 ff. UrhG mit den Verwertungsbefugnissen der §§ 15 ff. UrhG und dem Urhebervertragsrecht der §§ 28 ff. UrhG genannt werden. Erstere Norm wird eher der ideellen Komponente und letztere Normen werden eher der materiellen Komponente des Urheberrechts zuzuschlagen sein.[50] Eine Wechselwirkung ist im Sinne des Monismus freilich unumgänglich. Für § 12 UrhG sprechen *Dietz/Peukert* zu Recht von einer Grundnorm des Urheberrechtsschutzes.[51] Der BGH bezeichnet es als eine der wichtigsten Befugnisse des Urhebers, zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er sein Werk der Öffentlichkeit zugänglich machen will.[52] Zu § 29 Abs. 1 UrhG[53] führt die amtliche Begründung des UrhG von 1965 aus, der „Urheber soll vielmehr einem anderen die Verwertung eines Werks nur dadurch überlassen können, dass er ihm ein vom Urheberrecht abgeleitetes Nutzungsrecht einräumt.“[54] Die Gesetzesbegründung erläutert außerdem: „Die Verwertungsrechte des Urhebers an seinem Werk sind in der Regel als ausschließliche Rechte zur Nutzung des Werkes ausgestaltet, die es dem Urheber ermögli-

---

[48] *Calabresi/Melamed*, 85 Harvard Law Review 1089, 1105, 1106 (1972) stellen in ihrer Untersuchung drei Möglichkeiten dar, Rechtspositionen effektiv zu schützen, nämlich durch Property Rule, Liability Rule und Inalienibility Rules. Property Rule bedeutet dabei eine Rechtsregel, nach der ein Ausschließlichkeitsrecht an einer Rechtsposition zugewiesen wird, in die niemand eingreifen kann. Unter Liability Rule ist eine Rechtsregel zu verstehen, bei der Dritte in die Rechtsposition eingreifen dürfen, im Gegenzug dafür aber eine Kompensation zahlen müssen. Für Letztere sprechen in der Regel Effizienzgründe, weil sie keiner teuren Verhandlung bedarf, sondern „kollektiv“ bestimmt werden kann.

[49] *Calabresi/Melamed*, 85 Harvard Law Review 1089, 1105, 1106 (1972).

[50] Für das Veröffentlichungsrecht BGH, GRUR 1955, 201, 204 – *Cosima Wagner*.

[51] Schricker/Loewenheim/*Dietz/Peukert*, § 12 UrhG, Rn 1; KG, GRUR Int. 2008, 857, 860.

[52] BGH, GRUR 1955, 201, 202 – *Cosima Wagner*, auch wenn diese Entscheidung noch zum LUG erging.

[53] Im Urhebergesetz von 1965 noch in § 29 S. 2 enthalten.

[54] BT-Drs. IV/270, S. 55.

chen, jedem anderen, der nicht zuvor seine Erlaubnis zur Nutzung eingeholt und die hierfür geforderte Vergütung gezahlt hat, die Werknutzung zu verbieten.“[55] Jede Nutzung des Werks soll also der Kontrolle des Urhebers unterliegen, was sowohl die Erst- als auch die Zweitverwertung eines Werks betrifft.[56] Weiter zeigt sich die Konzeption des Opt-In auch am Widerrechtlichkeitskriterium des § 97 UrhG. Widerrechtlichkeit ist nur dann gegeben, wenn keine Zustimmung oder Genehmigung des Rechtsinhabers vorliegt.[57] Für diese sind allerdings nach der Literatur strenge Anforderungen zu stellen, weil anderenfalls das Zustimmungsrecht des Urhebers gefährdet sei.[58] Es zeigt sich somit, dass konzeptionell zunächst jeder Eingriff in die Rechte von Urhebern eine Verletzungshandlung darstellt. Dies gilt freilich nicht für den derivativ Berechtigten, denn in diesem Fall stellt sich der Zugriff auf die Rechtsposition nicht als Eingriff dar, sondern vielmehr als Nutzung der abgeleiteten Rechtsposition.[59]

b. Verankerung von Opt-In im europäischen Urheberrecht

Für das europäische Recht folgt Opt-In aus der RL 2001/29 vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (InfoSoc-RL). Dort wird bereits im Erwägungsgrund 9 ausdrücklich geistiges Eigentum als Bestandteil des Eigentums anerkannt. Nach Art. 2 InfoSoc-RL hat der Urheber eines Werks das ausschließliche Recht, die Werknutzung zu erlauben oder zu verbieten. Auch für den EuGH stellt das Erfordernis der Zustimmung des Rechtsinhabers einen Grundsatz dar.[60] An anderer Stelle führt der EuGH aus, es handele sich um eine Grundregel nach der InfoSoc-RL, dass der Inhaber des Urheberrechts jeder Vervielfältigung seines geschützten Werks zustimmen muss.[61] Noch ausdrücklicher formuliert der EuGH: „Wie dem 33. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29 insoweit zu entnehmen ist, gilt eine Nutzung als rechtmäßig, wenn sie vom Inhaber des betreffenden Rechts zugelassen oder wenn sie nicht durch die anwendbare Regelung beschränkt ist.“[62]

---

[55] BT-Drs. IV/279, S. 28.
[56] BT-Drs. IV/279, S. 28.
[57] Schricker/Loewenheim/*Wild*, § 97 UrhG, Rn 32 ff.
[58] Wandtke/Bullinger/*v. Wolff*, § 97 UrhG, Rn 32; Schricker/Loewenheim/*Wild*, § 97 UrhG, Rn 32 ff.
[59] Schricker/Loewenheim/*Wild*, § 97 UrhG, Rn 28.
[60] EuGH, C-5/08 – *Infopaq*, Rn 57.
[61] EuGH, C-302/10 – *Infopaq II*, Rn 27.
[62] EuGH, C-302/10 – *Infopaq II*, Rn 42; EuGH, C-403, 429/08 – *FAPL u. Murphy*, Rn 168.

c. Verankerung von Opt-In im internationalen Urheberrecht

Auch die Revidierte Berner Übereinkunft (RBÜ) enthält, in Übereinstimmung mit der naturrechtlichen Wahrnehmung des Urheberrechts, das Konzept des ausschließlichen Rechts, dessen Nutzung nur durch den Urheber gestattet werden kann (Art. 9 Abs. 1 RBÜ).[63] In Art. 6bis RBÜ findet sich überdies ein urheberpersönlichkeitsrechtlicher Einschlag.[64] Auch dort ist damit das Prinzip des Opt-In postuliert. Es ist Ausfluss des exklusiven Rechts des Urhebers. Gleiches gilt für die WIPO-Verträge. In Art. 6 WCT ist beispielsweise ausdrücklich festgehalten, dass Urheber das ausschließliche Recht haben zu erlauben, dass ihre Werke durch Verkauf oder sonstige Eigentumsübertragung der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Auch die Verträge über Darbietungen und Tonträger sehen ausdrücklich ausschließliche Verwertungsrechte vor (Art. 6 ff. WPPT) und enthalten sogar eine persönlichkeitsrechtliche Komponente (Art. 5 WPPT).

2. Opt-Out

Das Urheberrecht in Deutschland ist, wie dargestellt, vom Opt-In-Prinzip geprägt.[65] Diesem steht bereits begrifflich das Opt-Out-System gegenüber. Eine allgemeine Definition, was unter Opt-Out zu verstehen ist, gibt es nicht. Denknotwendig setzt ein Opt-Out-System voraus, dass aus etwas herausoptiert werden kann. Für das Opt-Out-System muss deshalb zunächst etwas bestehen, das der zum Opt-Out Berechtigte mit der Ausübung des Rechts gestalten kann. Dieses kann allgemein jede Rechtslage sein, die den zum Opt-Out Berechtigten rechtlich bindet, sei es ein Vertrag oder eine gesetzliche Verpflichtung. Für die Bindung darf keinesfalls seine Zustimmung erforderlich sein, da sonst Opt-In vorläge.

Für das Urheberrecht folgt aus der Festlegung einer Opt-Out-Regelung im Vergleich zum beschriebenen Opt-In, dass Nutzungshandlungen Dritter, d.h. nicht des Urhebers, rechtmäßig sein können, bis der Urheber durch Erklärung des Opt-Outs diese Rechtslage beendet. Die zunächst bestehende Rechtslage ist also dergestalt, dass für Dritte ein positives Nutzungsrecht besteht bzw. ihnen die Nutzung nicht untersagt werden kann. Ein Verbotsrecht erhält der Rechtsinhaber erst durch die Ausübung des Opt-Out-Rechts. Ob man nun davon ausgehen muss, dass bei einem Opt-Out-Regime schon kein Eingriff vorliegen kann oder ein solcher nicht vorliegt, weil es an der Rechtswidrigkeit fehlt, wird noch zu klären sein. Jedenfalls bleibt es dem Urheber unbenommen, der Nutzung des Werks zu widersprechen und Dritte wieder von der Nutzung auszuschließen. Die Frage ist dann, welche Konsequenzen dies haben kann. Die Nutzung könnte beispiels-

[63] *Fischman Afori*, 19 Journal of Intellectual Property Law 201, 251 (2012).

[64] *Ginsburg*, Columbia Public Law Research Paper No. 09-200, 2009, S. 6; Schricker/Loewenheim/*Dietz/Peukert*, Vor §§ 12 ff. UrhG, Rn 25.

[65] Vgl. auch *Adolphsen/Mutz*, GRUR Int. 2009, 789, 795; vgl. auch *Band*, S. 3.

weise bis zum Widerspruch vergütungsfrei sein oder auch nicht. Abhängig könnte man dies davon machen, ob erst durch das Widerspruchsrecht die Rechtsposition des Urhebers im Sinne eines echten Ausschließlichkeitsrechts vervollständigt wird, weil er erst dadurch auch ein negatives Verbotsrecht erhält. Zugleich stellt sich die Frage, ob mit dem Widerspruch dann zu einem Opt-In-Regime zurückgekehrt wird, oder ob der Urheber keine Zustimmung mehr bezüglich des bewusst ausgeschlossenen Nutzers erteilen kann, er sich insofern seiner Verwertungsbefugnis begibt. Grundlegender stellt sich also die Frage, ob im Falle eines Opt-Out-Regimes überhaupt schon eine Zuweisung der Rechtsposition Urheberrecht erfolgt, oder ob das Herausoptieren erst eine solche Zuweisung zur Folge hat oder diese womöglich sogar auflöst. Letzteres könnte man dann annehmen, wenn Opt-Out zur grundsätzlichen Negierung von Opt-In führen würde.

Die Ausprägungen und Wirkungen der Opt-Out-Modelle stellen den Kern dieser Arbeit dar und werden im folgenden Kapitel 3 aufgezeigt. Inwieweit sich die hier aufgeschlagenen Fragen beantworten lassen oder möglicherweise keine Relevanz haben, wird sich daher noch zeigen.

3. Kollektivierung

Von zentraler Bedeutung ist neben der Erörterung des Opt-Out die in den zu untersuchenden Modellen enthaltene Kollektivierung. Wie im Modellvergleich zu zeigen sein wird, ist im Zusammenhang mit Opt-Out regelmäßig eine kollektive Interessenwahrnehmung anzutreffen. Beide Komponenten sind eng miteinander verknüpft. Kollektivierung lässt sich dabei allgemein so beschreiben, dass die Urheber ihre individuellen Ansprüche an eine Verwertungsgesellschaft abtreten. Der Urheber hat dann nur noch einen Vergütungsanspruch, kann aber nicht mehr entscheiden, wie die Verwertung der Rechte im Einzelnen erfolgt.[66]

Bei einem Opt-In-Regime ist die individuelle Verwertung des Werks die Regel. Dies gilt grundsätzlich für die Erst- und die Zweitverwertung.[67] Hingegen wird eine kollektive Verwertung der Rechte meist dann zur Regel, wenn sie praktikabler ist oder eine individuelle Verwertung ineffizient bzw. unwirtschaftlich wäre.[68] Begründungsansätze, die die kollektive Wahrnehmung des Urheberrechts allein unter das Stichwort Praktikabilität subsumieren, greifen dabei allerdings zu kurz. Denn Praktikabilität bedeutet nicht mehr als Vereinfachung. Der Hintergrund einer Vereinfachung bleibt dabei in der Regel unerwähnt. In der Literatur wird der Sinn der Verwertungsgesellschaft in der Praktikabilität[69] bzw. Effektivität[70] für

---

[66] *Riis/Schovsbo*, IIC 2012, 930, 932.
[67] *Riis/Schovsbo*, IIC 2012, 930, 932.
[68] Hier sei nochmals auf die Analyse von *Calabresi/Melamed* zur Property Rule und Liability Rule verwiesen, die sich auf diese Situation übertragen lässt, vgl. Abschnitt B.II.1.
[69] Schricker/Loewenheim/*Reinbothe*, Vor §§ 1 ff. UrhWahrnG, Rn 1.
[70] *Schack*, Rn 1156.

den Urheber in der Schaffung einer „schlagkräftigen Organisation“ oder der „Gewähr für eine wirksame Kontrolle und Wahrnehmung […] der Rechte“[71] gesehen. Für die Verwerter lohne es sich, da sie „statt einer Vielzahl nur einen Vertrag schließen müssen“[72] bzw. es einer „zeitraubenden rechtlichen Auseinandersetzung mit den einzelnen Urhebern“ nicht bedürfe.[73]

Einen tiefergehenden Einblick, was Praktikabilität und Effektivität im Einzelnen bedeuten, verschafft allerdings nicht die Betrachtung aus juristischer, sondern vielmehr aus ökonomischer Sicht. Dabei stellt sich vor allem heraus, dass die kollektive Verwertung einen erheblichen Beitrag zur Senkung von Transaktionskosten leistet.[74] Transaktionskosten sind sämtliche Kosten der Vertragspartner aus dem Abschluss und der Durchführung von Geschäften.[75] Bei der individuellen Lizenzvergabe fallen Abschlusskosten, Informationskosten, Vertragskosten, Kosten für die Rechtsdurchsetzung und Anpassungskosten an.[76] Verwertungsgesellschaften nehmen bei einer kollektiven Lizenzvergabe die Rolle eines Mittlers zwischen dem Urheber als originärem Rechtsinhaber und den Lizenznehmern wahr. Ihre Dienstleistung besteht also im Handel mit Lizenzen. Eine Degression von Transaktionskosten durch die kollektive Wahrnehmung kann auf unterschiedliche Weise erreicht werden. Verwertungsgesellschaften nutzen im Verhältnis zum Urheber einen Standardvertrag, den Wahrnehmungsvertrag. Dadurch können insbesondere Vertragskosten des Lizenzgebers, die vor allem durch Verhandlungskosten getrieben werden, gesenkt werden.[77] Er muss nur noch einen einzigen Vertrag schließen, der sich in der Regel auf alle seine Werke erstreckt. Auf der anderen Seite vermindern sich auf der Marktgegenseite ebenfalls die Identifikations-, Informations-, und Vertragsabschlusskosten.[78]

Im digitalen Umfeld ist aufgrund der Massen an geschützten Werken gerade der Rechtserwerb schwierig.[79] Vor allem die Identifizierung des Rechtsinhabers kann für Distributoren ein immenses Problem darstellen, wie es sich beispielsweise für Google bei seinem Google-Book-Search-Programm gezeigt hat. Um diesem Problem Herr zu werden, ermöglichen Verwertungsgesellschaften den Distributoren einen einfachen Weg. Statt von jedem einzelnen Schutzrechtsinhaber Lizenzen

[71] Loewenheim/Schricker/*Reinbothe*, Vor §§ 1 ff. UrhWahrnG, Rn 1.
[72] *Schack*, Rn 1156.
[73] Loewenheim/Schricker/*Reinbothe*, Vor §§ 1 ff. UrhWahrnG, Rn 1.
[74] *Bing*, S. 169, 172.
[75] *Mankiw/Taylor*, S. 257.
[76] *Bing*, S. 118, 132 f.
[77] Ein Argument, nach dem ein solcher Vertrag bei individueller Verwertung überhaupt nicht geschlossen werden müsste, geht fehl, denn dies berücksichtigt nicht, dass lediglich ein Standardvertrag geschlossen werden muss. Bereits ab dem zweiten individuellen Vertrag ist von höheren Kosten der individuellen Verwertung auszugehen.
[78] *Bing*, S. 176.
[79] *Hansen/Schmidt-Bischoffhausen*, GRUR Int. 2007, 461; *Schack,* Rn 1156.

zu erwerben, können über die Verwertungsgesellschaft als Zentralstelle Rechte gekauft werden. Die Verwertungsgesellschaft kehrt die Nutzungsvergütung dann ihrerseits an die Berechtigten aus (sog. One-Stop-Shop).[80] Durch die Standardisierung auf Seiten der Lizenzgeber und -nehmer können die Transaktionskosten gesenkt werden.[81] Einen besonders intensiven Effekt zur Senkung von Transaktionskosten hat dabei das Kriterium der Häufigkeit bei der Durchführung der gleichen Transaktion.[82] Ökonomisch gesprochen handelt es sich um die Realisierung von Lernkurvenvorteilen durch Routinehandlungen.[83] Je häufiger dieselbe Handlung vorgenommen wird, desto kostengünstiger wird diese Handlung.

Nicht zu vernachlässigen sind die Kosten, die durch die kollektive Verwertung selbst entstehen. Denn diese bestehen nicht nur in der Herstellung von Vertragsabschlüssen, sondern auch in der Verwaltung der Rechte. Dies geschieht durch Vereinnahmung der Lizenzgebühren von den Verwertern sowie das Auskehren an die Lizenzgeber. Hinzu kommen die Durchsetzungskosten für illegale Nutzungen, die die Verwertungsgesellschaften ebenfalls tragen. Die Wahrnehmung der Urheberrechte stellt gerade im digitalen Zeitalter aufgrund der teilweise schwierigen Rechtsdurchsetzung eine besondere Herausforderung für den einzelnen Rechtsinhaber dar, auch wenn bereits vor der Entstehung des Urheberrechts anerkannt wurde, dass dem jeweiligen Werkschöpfer die wirtschaftliche Absicherung der Urheberrechte und -rechtsansprüche nicht ohne Weiteres möglich ist.[84] Es gilt seit jeher, dass eine effektive Durchsetzung von Vergütungsansprüchen nur in Kollektiven möglich sei.[85] Gerade Verwertungsgesellschaften haben die Mittel, um Präzedenzfälle zu schaffen und mit dem nötigen Nachdruck durchzufechten. Dies hat in der Regel auch eine abschreckende Wirkung und reduziert daher ökonomisch gesprochen die sogenannte Trittbrettfahrerproblematik.[86]

Schließlich sind die kollektive Wahrnehmung und damit die Verwertungsgesellschaften im Rahmen der bestehenden rechtlichen Strukturen unerlässlich. So lassen Vergütungsansprüche aus gesetzlichen Lizenzen wie der Geräteabgabe nach § 52 UrhG oder neuerdings dem hier noch zu analysierenden § 137l UrhG Verwertungsgesellschaften nötig werden. Andere Formen der kollektiven Wahrnehmung werden hier nicht für sinnvoll erachtet, da eine Übertragung der Aktivlegitimation stattfindet, was eine staatliche Kontrolle der Organisation bedingen muss.[87]

[80] Hoeren/Sieber/Holznagel/*Müller*, Teil 7.5, Rn 8; dies gilt natürlich nur dann, wenn die Verwertungsgesellschaft die Rechte auch tatsächlich wahrnimmt.
[81] Zur mathematischen Berechnung vgl. *Bing*, S. 181.
[82] *Bing*, S. 120.
[83] *Bing*, S. 175.
[84] Hoeren/Sieber/Holznagel/*Müller*, Teil 7.5, Rn 1.
[85] Exemplarisch *Schack*, Rn 1156, 1194.
[86] *Reich*, S. 51; *Bing*, S. 176.
[87] Hoeren/Sieber/Holznagel/*Müller*, Teil 7.5, Rn 9.

Ökonomisch betrachtet fallen Ansprüche, die nicht gesetzlich in die Verfügungsgewalt des ausschließlichen Rechtsinhabers fallen, in den Bereich der Liability Rule.[88] Damit wird in der Ökonomie eine Rechtsregel bezeichnet, nach der Dritte in eine Rechtsposition eingreifen können, wenn sie dafür eine Kompensation zahlen. Sie gilt als effizienter als die grundsätzlich favorisierte Property Rule, wenn die Transaktionskosten so hoch sind, dass eine freie Übertragbarkeit faktisch nicht mehr möglich ist.[89] Die Property Rule sieht für den Schutz einer Rechtsposition ein Ausschließlichkeitsrecht vor, in das niemand eingreifen kann, wenn der Inhaber sie nicht freiwillig zu einem von ihm subjektiv festgelegten Preis verkauft.[90] Ziel der Schaffung eines solchen Eigentumsrechts ist es nach der Effizienzthese von *Coase*, ein Marktversagen zu beheben. Dieses besteht darin, dass bei öffentlichen Gütern[91] der soziale Nutzen für die Gesamtwirtschaft höher zu betrachten ist als der einzelwirtschaftliche Nutzen des Verursachers. Die Folge ist eine Unterversorgung mit öffentlichen Gütern. Diese Problemlage lösen Property Rights mit ihrer Allokations- und Anreizfunktion auf.[92]

4. *Ergebnis*

Zweifelsohne kann somit das Prinzip des Opt-In als ein oberstes Geltungsprinzip des Urheberrechts definiert werden. Die Anerkennung einer ausschließlichen Rechtsposition zugunsten des Urhebers führt denknotwendig zu einem Zustimmungsprinzip, dem Opt-In. Dem gegenüber steht das Opt-Out, bei dem Dritte urheberrechtlich geschützte Werke nutzen dürfen, es sei denn, der Urheber widerspricht. Mit dem Opt-Out ist regelmäßig eine kollektive Verwertung des Werks verknüpft. Nach ökonomischer Terminologie entspricht Opt-In einer Property Rule, während Opt-Out einer Liability Rule entspricht.

---

[88] *Calabresi/Melamed*, 85 Harvard Law Review 1089, 1105 (1972); die Property Rule entstammt ursprünglich der Forschung von *Coase* (1960), *Alchian* (1965) und *Demsetz* (1967), vgl. auch *Mankiw/Taylor*, S. 255 ff.

[89] *Calabresi/Melamed*, 85 Harvard Law Review 1089, 1105 (1972).

[90] *Calabresi/Melamed*, 85 Harvard Law Review 1089, 1105, 1107 (1972).

[91] Güter, die weder eine ausschließbare noch eine konkurrierende Nutzung aufweisen, *Mankiw/Taylor*, S. 278.

[92] *Mankiw/Taylor*, S. 290; *Reich*, S. 73.

Kapitel 3 Analyse der Modelle

Im Folgenden werden die bestehenden Opt-Out-Modelle Google Book Settlement, § 137l UrhG, die Richtlinie Orphan Works, die Änderung des Wahrnehmungsvertrags der VG Wort und § 13d UrhWahrnG untersucht. Die Analyse der Modelle geschieht dabei im Hinblick auf den folgenden Modellvergleich, der schließlich in der Überprüfung der Kernthese mündet.

A. Einleitung

Die Modelle werden im Folgenden anhand der bereits in Kapitel 1, Abschnitt C.II beschriebenen Prüfungsparameter dargestellt. Zunächst wird die Entstehungsgeschichte eines jeden Modells beleuchtet, um die Grundlagen und den Kontext für die Schaffung der Regelung darzulegen. Dabei wird insbesondere dem Regelungsziel Rechnung getragen, um überprüfen zu können, ob dieses auch erreicht worden ist. Sodann wird auf die verschiedenen Interessen der von der Regelung Betroffenen eingegangen. Anschließend sollen der Regelungsgehalt und die Konzeption des jeweiligen Modells dargestellt werden, um danach die dogmatische Konzeption der Regelungen zu beleuchten. Der Schwerpunkt liegt dabei auf den Regelungen zu Kollektivierung und Opt-Out. Im Anschluss werden die Modelle auf ihre Vereinbarkeit mit dem einschlägigen höherrangigen Recht und dem Konven-

tionsrecht untersucht. Schließlich wird geprüft, wer von dem jeweiligen Modell profitiert.

B. Modell 1: Google Book Settlement

Der Rechtsstreit zwischen Google und den amerikanischen Verlagen und Urhebern ist zweifelsohne einer der meistdiskutierten Urheberrechtsfälle der vergangenen Jahre. Die streitigen Punkte des Verfahrens hat die Literatur bereits abgearbeitet. Auch der Fall an sich ist einer gerichtlichen Entscheidung zugeführt worden, wenngleich dieses erstinstanzliche Urteil bereits angegriffen wurde.[93] Hier soll nun ein Aspekt des Verfahrens aufgearbeitet werden, der zu einem Aufschrei insbesondere in Europa geführt hat, Anstoß einer sich erst seit einigen Jahren entwickelnden Debatte war und für das Thema dieser Arbeit relevant ist.[94] Es soll hier allein um das Google Book Settlement (GBS) gehen, den Vergleich zwischen Klägern und Beklagter im Verfahren *Authors Guild v. Google, Inc.*[95] Dieser Vergleich sah eine Opt-Out-Regelung und eine Kollektivierung vor, die in ihrer dort festgehaltenen Ausprägung Neuland war. Zwar ist die Betrachtung des Google Book Settlements aus heutiger Sicht theoretischer Natur, weil es aufgrund des richterlichen Votums[96] nicht zum Abschluss des Vergleichs kam. Allerdings stellte es, dies zeigt die aktuelle Literatur, einen wichtigen Denkanstoß dar, der einen genauen Blick auf die Konzeption des Vergleichs lohnt.

I. Entstehung und Problemlage

1. *Die Google Buchsuche*

Nach eigener Aussage verfolgte Google bereits seit dem Jahr 2002 den Plan, eine allumfassende digitale Bibliothek zu erschaffen.[97] Google entwickelte in den Jahren 2002 bis 2004 technische Lösungen zur massenweisen Digitalisierung von Büchern und startete Pilotprojekte mit der Bodleian Library der Oxford University, mit dem Ziel innerhalb von drei Jahren 10 Millionen gemeinfreie Bücher zu

---

[93] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Sept. 20, 2005), Prozessgeschichte abrufbar unter: http://dockets.justia.com/docket/new-york/nysdce/1:2005cv08136/273913 (Stand: Juli 2014); *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 13-4829 (U.S. Court of Appeals, Second Circuit, Dec. 23, 2013), Prozessgeschichte abrufbar unter: http://dockets.justia.com/docket/circuit-courts/ca2/13-4829 (Stand: Juli 2014).

[94] *Samuelson*, 2 Wisconsin Law Review 478, 490 (Fn 2) (2011); *de la Durantaye*, ZUM 2011, 538, 540.

[95] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Nov. 13, 2009).

[96] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Mar. 22, 2011), S. 30.

[97] *Google, Inc.*, Über die Google Buchsuche, abrufbar unter: http://books.google.de/intl/de/googlebooks/history.html (Stand: Juli 2014).

scannen.[98] Auf der Frankfurter Buchmesse 2004 wurde erstmals das Projekt „Google Print“ öffentlich gemacht.[99] Google schloss dabei Partnerschaften mit einigen der größten amerikanischen Verlagshäuser und begann alsbald mit dem Scan der Bestände einiger amerikanischer Universitätsbibliotheken mit einem Umfang von 15 Millionen Bänden.[100] Im Jahr 2005 wurde das Projekt in „Google Book Search“ umbenannt.[101] Ende des Jahres 2013 hatte Google bereits 20 Millionen Bücher eingescannt.[102] Zunehmend nutzen aber auch Verlage über das sogenannte Partner-Programm Google Books zur Vermarktung.[103] Nutzern zeigt Google Books die Werke in unterschiedlichem Umfang an.[104]

2. *Gerichtliche Auseinandersetzung – Prozessuales*

Nachdem Google die Bibliotheksbestände digitalisiert hatte, wurden die Digitalisate über das Internet öffentlich zugänglich gemacht. Eine Zustimmung der Rechtsinhaber holte Google nicht ein, sondern bot lediglich eine knapp bemessene Opt-Out- bzw. Widerspruchsmöglichkeit an.[105] Die amerikanische Authors Guild und kurz darauf fünf große Verlage, allesamt Mitglieder der Association of American Publishers, verklagten Google Ende des Jahres 2005 vor dem District Court von New York City im Rahmen einer Class Action (Sammel- bzw. Gruppenklage).[106] Kurioserweise waren die Verlage Teilnehmer des Google-Partnerprogramms.[107] Ende 2006 wurden beide Klagen zusammengeführt.[108]

---

[98] *Google, Inc.*, Über die Google Buchsuche, abrufbar unter: http://books.google.de/intl/de/googlebooks/history.html (Stand: Juli 2014).

[99] *Google, Inc.*, Über die Google Buchsuche, abrufbar unter: http://books.google.de/intl/de/googlebooks/history.html (Stand: Juli 2014).

[100] *Google, Inc.*, Über die Google Buchsuche, abrufbar unter: http://books.google.de/intl/de/googlebooks/history.html (Stand: Juli 2014).

[101] *Google, Inc.*, Über die Google Buchsuche, abrufbar unter: http://books.google.de/intl/de/googlebooks/history.html (Stand: Juli 2014).

[102] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 813 2013 (S.D.N.Y., Nov. 14, 2013).

[103] *Google, Inc.*, Google Books Partner Program, abrufbar unter: http://books.google.com/intl/en/googlebooks/partners (Stand: Juli 2014).

[104] Bücher, die aus dem Bibliotheksprogramm stammen, werden nur ausschnittsweise und soweit kein Urheberrechtsschutz besteht vollständig dargestellt. Bücher, die aus dem Partnerprogramm entstammen, zeigt Google, soweit dies dem Umfang der Vereinbarung mit dem jeweiligen Verlag entspricht. In der Regel sind dies ca. 20 %, vgl. *Google, Inc.*, Woher stammen die Bücher?, abrufbar unter: https://support.google.com/books/answer/43726?hl=de&ref_topic=4359341 (Stand: Juli 2014).

[105] *Kubis*, ZUM 2006, 370, 372.

[106] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Sept. 20, 2005); *McGraw-Hill Companies, Inc. v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8881 (S.D.N.Y., Oct. 19, 2005).

[107] *Samuelson*, 94 Minnesota Law Review 1308, 1315 (2009).

[108] Amended Case Management Order and Scheduling Order, *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Oct. 16, 2006).

a. Zielsetzung des Class-Action-Verfahrens

Das Verfahren wurde im Rahmen einer sogenannten Class Action, d.h. einer Sammel- oder Gruppenklage, nach den US-amerikanischen Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)[109] geführt. Ganz allgemein stellt das Instrument der Class Action ein Instrument zur prozessualen Kollektivierung dar.[110] Statt einer Reihe diverser Individualklagen ermöglicht diese Verfahrensform die Bündelung gleichartiger Ansprüche in einem Prozess.[111] Ziel der Kollektivierung ist eine Effizienzsteigerung durch die Entlastung der Gerichte, weil über dieselben Sach- und Rechtsfragen nicht erneut entschieden werden muss.[112] Sich widersprechende Entscheidungen für gleichgelagerte Sachverhalte können zugunsten der Rechtssicherheit ausgeschlossen werden.[113] An den Ausgang des Rechtsstreits durch Urteil oder Vergleich ist die gesamte Class gebunden, Class Member können nicht erneut klagen.[114] Daneben spielt aber auch der Rechtsbewährungsgedanke eine Rolle, da die Class Action bei geringfügigen Einzelschäden unwirtschaftliche Prozesse insbesondere für die Anwaltschaft wirtschaftlich werden lässt und so überhaupt erst rechtliches Gehör für die einzelnen Kläger ermöglicht.[115] Heute gehört die Class Action zu den umstrittensten Instrumenten im US-amerikanischen Recht, in deren Abgesang zunehmend auch gerichtliche Entscheidungen einstimmen.[116]

b. Voraussetzungen und Ablauf der Class Action

Allgemeine Voraussetzungen der Class Action sind Numerosity, Commonality und Typicality sowie die faire und angemessene Vertretung der Class.[117] Die wohl wichtigste Voraussetzung der Class Action als Stellvertreterklage ist die faire und angemessene Vertretung der Class durch Representatives, da die Klageform erst damit dem verfassungsrechtlichen Due-Process-Gebot, also dem Recht auf recht-

---

[109] Volltext der einschlägigen FRCP Rule 23 abgedruckt im Anhang A.

[110] *Nagareda*, 115 Harvard Law Review 747 (2002), Vanderbilt Public Law Research Paper No. 01-12 (2002), S. 68.

[111] Weitere prozessuale Instrumente zur Kollektivierung sind Consolidation, Transfer und Test Cases; vgl. *J. C. Spindler*, S. 72.

[112] FRCP Rule 23(a)(1) setzt voraus, dass die Class eine Größe erreicht, die einen normalen Prozess „impracticable", also undurchführbar machen würde.

[113] *Heß*, JZ 2000, 373, 374.

[114] *Hay*, Rn 181; *Heß*, JZ 2000, 373.

[115] *Amchem Prods. v. Windsor*, 521 U.S. 591 617 (1997); *Greiner*, S. 42; das Sinken der Wahrscheinlichkeit für eine Prozessführung bei geringem wirtschaftlichem Interesse und großer Zahl von Geschädigten wird teilweise als „rationale Apathie" bezeichnet", vgl. *Zur Nieden*, S. 148.

[116] Ganz überwiegend ist dieser Rückgang allerdings auf die Änderung der Rechtsprechung im Hinblick auf die Anforderungen für die Zulassung der Class Action zu sehen, was wiederum auf eine Gesetzesreform aus dem Jahr 2005, den „Class Action Fairness Act" (CAFA, Act of 2005, Pub. L. No. 109-2, 119 Stat. 4), zurückzuführen ist; *Klonoff*, 90 Washington University Law Review 3, 18 m. w. N. (2013).

[117] *Teamsters Local 445 Freight Div. Pension Fund v. Bombardier Inc.*, 546 F.3d 196, 201-04 (2d Cir. 2008).

liches Gehör, entspricht.[118] Unter Representative Parties sind sogenannte Named Plaintiffs zu verstehen, also diejenigen Kläger, die tatsächlich vor Gericht anwesend sind.[119] Sie müssen die Class optimal vertreten.[120]

Die hier einschlägige Class Action nach FRCP Rule 23(b)(3) ist auf Schadensersatz gerichtet und zeichnet sich insbesondere durch die Möglichkeit der Class Member aus, sie mittels einer Opt-Out-Erklärung zu verlassen.[121] Sie ist vor allem vom Effizienzgedanken getragen und die verbreitetste Variante der Class Action.[122] Daher ist es kaum verwunderlich, dass sie stets als Prototyp der Class Action angesehen wird.[123]

Voraussetzung für die Class Action ist erstens, dass die gemeinsame Entscheidung über diese Rechts- oder Tatsachenfragen gegenüber streitigen Fragen, die nur einzelne Mitglieder berühren, überwiegt (sog. Predominance-Kriterium).[124] Zweitens muss die Class Action besser als andere prozessuale Instrumente geeignet sein, eine faire und effiziente Entscheidung des Rechtsstreits herbeizuführen (sog. Superiority-Kriterium). Den Gerichten kommt hier also eine wertende Gesamtbetrachtung bzw. ein wertendes Ermessen zu.[125] Im Fall *Authors Guild v. Google, Inc.* hat das Gericht dies vor allem darauf gestützt, dass die Verteidigung Googles für alle Ansprüche auf den Fair-Use-Einwand nach 17 U.S.C. § 107 ge-

---

[118] *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32, 42–43 (1940; „under Due Process Clause, Class Member must in fact [be] adequately represented by the parties who are present."); *Klonoff*, 82 George Washington Law Review 789 (2014); *ders.*, 90 Washington University Law Review 3, 53 (2013); *Eichholtz*, S. 88 f.; das Due-Process-Gebot folgt aus dem XI. und XIV. Zusatzartikel zur US-Verfassung.

[119] *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797, 812 (1985); *Klonoff*, 90 Washington University Law Review 3, 53 (2013).

[120] *Klonoff*, 90 Washington University Law Review 3, 53 (2013).

[121] Vgl. Abschnitt B.III.4.a; *Hay*, Rn 180; dies ist bei den anderen Class Actions nach Rule 23(b)(1)(A), (b)(1)(B) und (b)(2) FRCP nicht der Fall, weswegen man diese auch als Mandatory Classes bezeichnet, vgl. *Eisenberg/Miller*, New York University Law & Economics Research Paper Series, Working Paper No. 04-004 (2004), S. 2.

[122] *Hay*, Rn 180; *Beuchler*, S. 100; eine Bindung an eine Entscheidung liegt allerdings auch bei dieser Fallgruppe nicht vor, wenn die Class nicht ausreichend repräsentiert wurde, *Pelt v. Utah*, 539 F.3d 1271, 1284 (10th Circuit 2008); in der Diskussion ist, ob die Anforderungen der Rule-23(b)(3)-Class, d.h. eine Opt-Out-Möglichkeit und Information, auch für die anderen Varianten gelten muss. Grund dafür ist der Due-Process-Grundsatz, vgl. *Klonoff*, 82 George Washington Law Review 789 (2014).

[123] *Klonoff*, 90 Washington University Law Review 3, 53 (2013); im Unterschied zu den übrigen Varianten ist es für die (b)(3)-Class-Action zumindest theoretisch möglich, eine Individualklage durchzuführen, ohne dabei die Interessen anderer Kläger zu berühren, vgl. *Eisenberg/Miller*, New York University Law & Economics Research Paper Series, Working Paper No. 04-004 (2004), S. 1.

[124] In der jüngsten Rechtsprechung zeichnet sich dabei zunehmend der Trend ab, die Class Action am Predominance-Kriterium scheitern zu lassen, ohne eine abgewogene Ermessenentscheidung zu treffen, vgl. *Klonoff*, 90 Washington University Law Review 3, 66, 73 (Fn 414 m. w. N.) (2013).

[125] Vgl. *Eichholtz*, S. 106.

richtet und dies also die entscheidende Rechtsfrage sei, sowie eine Klärung dieser Frage gegenüber allen Beteiligten effizienter und effektiver sei als einzelne Klagen von tausenden Rechtsinhabern.[126]

Die Class Action beginnt, wie jede andere Klage auch, mit dem Anhängigmachen des Rechtsstreits. Der Klageantrag wird regelmäßig durch die Floskel „plaintiffs on behalf of themselves and all similary situated" ergänzt.[127] Das Gericht muss mittels einer Certification Order, also einer förmlichen Feststellung bzw. eines Beschlusses, über die Zulassung der Class entscheiden.[128] Im Rahmen der (b)(3)-Class sind alle Class Member insbesondere über ihr Recht zum Opt-Out zu informieren.[129] Die Gerichte dürfen nach der Grundsatzentscheidung *Eisen v. Carlisle* keine Sachprüfung vornehmen (sog. Eisen Rule).[130] Möchte die Beklagte, dass die Klage noch vor der Certification Order abgewiesen wird, kann sie dies lediglich nach FRCP Rule 12 wegen Unschlüssigkeit erreichen.[131] Die Certification Order ist das wichtigste Momentum im gesamten Verfahren, denn sie bereitet den Boden für den Abschluss eines Vergleichs.[132] Die meisten Class Actions enden in einem Vergleich.[133] Dies ist vor allem auf enormen Vergleichsdruck zurückzuführen.[134] Dieser folgt aus möglichen Punitive Damages (Strafschadensersatz), dem unvorhersehbaren Ausgang von Jury-Verfahren, möglicher Kostentragung oder ruinösen Ergebnissen für beklagte Unternehmen.[135] Die Rechtsprechung geht deshalb so weit, den Vergleichsdruck in ihre Überlegungen der Certification Order mit einzustellen.[136] Kommt es nicht zum Vergleich, entscheidet das Gericht mit einer Final Decision.[137]

c. Rechtslage zu Verfahrensbeginn

Zentral für das Verfahren war die Frage, ob die als Verletzung gerügten Handlungen von Google, also das Einscannen der Bücher sowie deren Speichern auf Datenträgern und Zugänglichmachen im Internet, mit der im amerikanischen Recht

---

[126] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136, Class Certification Order (S.D.NY., May 31, 2012), S. 29 f.

[127] *Eichholtz*, S. 129; vgl. z. B. *Authors Guild v. Google, Inc.*, Complaint against Google, Inc., Ziffer 6, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Sept. 20, 2005).

[128] FRCP Rule 23(c)(1)(A).

[129] FRCP Rule 23(c)(2)(b).

[130] *Eisen v. Carlisle & Jaquelin*, 417 U.S. 156, 178 (1974); dies ist aber kein Dogma mehr, vgl. *Klonoff*, 90 Washington University Law Review 3, 20 (2013); in der deutschen Literatur hält sich die undifferenzierte Betrachtung der Eisen Rule wohl noch, z. B. zuletzt *Beuchler*, S. 116; *Eichholtz*, 133.

[131] *J. C. Spindler*, S. 118.

[132] *Klonoff*, 90 Washington University Law Review 3 (2013).

[133] *Klonoff*, 90 Washington University Law Review 3, 74 (Fn 415) (2013).

[134] *Klonoff*, 90 Washington University Law Review 3 (2013).

[135] *Zur Nieden*, S. 153 f.

[136] *Klonoff*, 90 Washington University Law Review 3, 3 (2013).

[137] *J. C. Spindler*, S. 132.

verankerten Fair-Use-Doktrin nach 17 USC §§ 108 ff. im Einklang stünden.[138] Die Frage wurde in der Literatur ausgiebig diskutiert und sehr unterschiedlich beantwortet.[139] Dies nimmt nicht wunder, da sogar die Rechtsprechung die Fair-Use-Doktrin als die kontroverseste aller Urheberrechtsregeln bezeichnet hat.[140] Insbesondere mangels einheitlicher Rechtsprechung nahmen die Parteien Verhandlungen über einen Vergleich auf.[141]

d. Vergleichsverhandlungen

Nach zweijähriger Verhandlung legten die Parteien dem Gericht am 26. Oktober 2008 einen ersten Vergleichsvorschlag vor, der unter dem Namen Google Book Settlement Eingang in die Rechtsgeschichte gefunden hat und den Kern der hier folgenden Untersuchung darstellt.[142] Der erste Versuch, den Rechtsstreit mit diesem „Settlement Agreement" (SA) zu lösen, scheiterte. Kritisiert wurde in hunderten von Stellungnahmen[143] gegenüber dem Gericht zum Beispiel, dass die Class Member unterschiedliche Interessen verfolgen würden, oder dass ausländische Urheber nicht angemessen repräsentiert seien sowie Inhomogenität innerhalb der Gruppe der Rechtsinhaber verwaister Werke bestünde.[144] Materiell-rechtlich waren insbesondere die kartellrechtlichen Einwände des US-Justizministeriums ausschlaggebend.[145] Angesichts dieser Kritikpunkte erwarteten die Parteien wohl kaum, dass das Gericht den Vergleich als „fair, reasonable, and adequate" genehmigen würde, und traten erneut in Verhandlungen ein. Diese fanden am 13.11.2009 mit der Vorlage des „Amended Settlement Agreement" (ASA) ihr Ende, bevor am 18.2.2010 das sogenannte Fairness Hearing stattfand, das der endgültigen Entscheidung über die Zustimmung oder Ablehnung des Vergleichs

---

[138] *Sag*, 55 New York Law School Review 1 (2010).

[139] In der deutschen Literatur z. B. *Rösler*, GRUR Int. 2008, 489, 490; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 568; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 373; für die USA pro Fair Use wohl *Sag*, 55 New York Law School Review 19, 36 (2010); *Grimmelmann*, American Constitutions Society for Law and Policy Issue Brief; NYLS Legal Studies Research Paper No. 08/09 #32 (2009), S. 4; zweifelnd z. B. *Samuelson*, 2 Wisconsin Law Review 478, 490 (2011); *Frosio*, 28 Santa Clara Computers & High Technology Law Journal 81, 106 (2011).

[140] *Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc.*, 104 F.2d 661, 662 (2d Circuit 1939) (per curiam).

[141] *Frosio*, 28 Santa Clara Computers & High Technology Law Journal 81, 107 (2011).

[142] Settlement Agreement; *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Sept. 20, 2005); *Frosio*, 28 Santa Clara Computers & High Technology Law Journal 81, 107 (2011).

[143] Vgl. die diversen Eingaben, abrufbar unter: http://dockets.justia.com/docket/new-york/nysdce/1:2005cv08881/275068; *Sag*, 55 New York Law School Law Review 19, 20 (2010).

[144] Statement of Interest of the United States Proposed Class Settlement, *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 DC (S.D.N.Y., Sept. 18, 2009), abrufbar unter: http://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2005cv08136/273913/720, S. 3 f., 11; *Bechtold*, GRUR 2010, 282, 284.

[145] Statement of Interest of the United States Proposed Class Settlement, *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Sept. 18, 2009), S. 24 f.

seitens des Gerichts gem. Rule 23(e)(2) FRCP vorausging.[146] Schließlich wurde der Vergleich am 22.3.2011 vom zuständigen Richter *Chin* abgelehnt.[147] Auf die Einzelheiten der Ablehnung wird im Rahmen der Untersuchung des Settlements eingegangen.[148]

3. *Ergebnis*

Google war das erste Unternehmen, das das Ziel verfolgte, Bücher auf industriellem Niveau aus analoger Form in digitales Format zu übertragen und über das Internet öffentlich zugänglich zu machen. Das rechtliche Modell dazu, nämlich das ASA, entspringt dem Verfahren *Authors Guild v. Google, Inc.* Dieses wurde geführt, weil Google von der Einholung der Zustimmung der Rechtsinhaber absah, bevor es Bücher massenhaft digitalisierte. Das Verfahren wurde im Rahmen einer sogenannten Class Action geführt. Dieses Verfahren hat besondere Auswirkungen und Anforderungen. Ein Urteil oder Vergleich führt zu einer Rechtskrafterstreckung auf alle Class Member. Dieser Begriff umfasst auch nicht selbst am Verfahren teilnehmende Personen. Der Vergleich wurde vom Gericht letztlich abgelehnt, da die Voraussetzungen für eine erforderliche gerichtliche Bestätigung nicht vorlagen. Der Untersuchungsgegenstand ist also rein theoretischer Natur.

II. Interessenlage

1. *Interesse der Urheber*

Eine klare Linie in den Stellungnahmen ist nicht erkennbar. Exemplarisch für einige Urheber steht eine Stellungnahme, die das Verhalten Googles als Bedrohung für das Urheberrecht insgesamt sieht und die Bestrafung Googles mit der vollen Härte des Gesetzes fordert. Eine Vergleichsbereitschaft für das Settlement wird nicht deutlich, vielmehr besteht die Furcht, dass ein solcher nur geschlossen wird, damit die Anwälte aus dem Settlement Fund bezahlt werden.[149] Zudem wird die Kompetenz des Gerichts bezweifelt, mit dem SA ein dem Copyright Act paralleles Urheberrechtssystem aufzubauen. Ein Tierfotograf störte sich daran, dass er nicht mehr über die Verwendung seiner Werke bestimmen könne und die fotografierten Tiere unter Umständen in einen unerwünschten Zusammenhang gesetzt würden.[150] Ein Autor forderte eine digitale Kopie des Scans von Google und verlangte außerdem die Möglichkeit, vor der Veröffentlichung der digitalen Version

[146] *Authors Guild v. Google, Inc.,* No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Nov. 13, 2009).
[147] *Authors Guild v. Google, Inc.,* No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Mar. 22, 2011).
[148] Vgl. Abschnitt B.V.1.
[149] Objection *Robert H. Kunstadt*, *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Mar. 30, 2009).
[150] Objection *Hope Ryden*, *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Apr. 23, 2009).

Rechtschreibfehler zu verbessern und diese zumindest als „Author‘s Preferred Version“ neben einer „Originally Published Version“ zu publizieren. [151]

An den Stellungnahmen zeigt sich, dass die Urheber in zwei Lager gespalten sind, nämlich in diejenigen, die einen Vergleich mit Google von vornherein kategorisch ablehnen, und diejenigen, die den Vergleich zwar annehmen würden, aber in den Einzelheiten Veränderungen zu ihren Gunsten, auch ideeller Natur, wünschen.

2. *Interesse der Verwerter*

Ein einheitliches Interesse der Verwerter ist für das Google Book Settlement nicht ermittelbar. Zwar gehört Google, auch wenn es als Mittler zwischen den Urhebern und den Konsumenten auftritt, selbst der Gruppe der Verwerter an. Eine homogene Gruppe mit gleichen Interessen stellen die Verwerter aber nicht dar, denn Google hat als Beklagte eigene Interessen. Es ist somit zwischen Google und den übrigen Verwertern zu unterscheiden.

a. Interesse von Google, Inc.

Das Interesse von Google geht laut eigener Aussage dahin, eine allumfassende Bibliothek zu schaffen.[152] Dass Google damit kommerzielle Ziele verfolgt, liegt auf der Hand und ist unbestritten. Die investierten Summen wären gegenüber den Aktionären anders kaum zu rechtfertigen. Auch wenn Google sein Angebot nicht wie üblich mit Werbung umrandet, lassen sich mit dem Angebot mittelbar Gewinne erzielen. Dies gilt, soweit Verlage das Partnerprogramm nutzen und Google Books insoweit für Marketingzwecke verwenden. Zur Realisierung des Projekts geht es für Google im Rahmen der Vergleichsverhandlungen auch darum, die Kosten gering zu halten. Bereits der Aufwand für die Digitalisierung belief sich 2009 auf ca. 750 Millionen Dollar.[153]

Für Google steckt hinter dem Verfahren aber eine noch viel tiefgreifendere Problematik als die des unrechtmäßigen Kopierens und öffentlichen Zugänglichmachens von Büchern. Googles Kernargument gegen eine Rechtsverletzung war stets die Fair-Use-Doktrin nach 17 USC §§ 108 ff. Wäre diese Argumentation gescheitert, wäre es unter Umständen zu weitreichenden Konsequenzen für die Internetsuchtechnologie insgesamt gekommen.[154] Um dies nachvollziehen zu können, muss man zunächst verstehen, wie eine Suchmaschine, sei sie nur für

[151] Objection *Mayer Brenner, Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., May 01, 2009), abrufbar unter: http://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce /1:2005cv08136/273913/94/0.pdf (Stand: Juli 2014).

[152] *Google, Inc.*, Über die Google Buchsuche, abrufbar unter: http://books.google.com/intl/de/googlebooks/history.html (Stand: Juli 2014).

[153] *Band*, 9 J. Marshall Review Intellectual Property Law 227, 228 (2009).

[154] *Sag*, 55 New York Law School Law Review 19 (2010).

Bücher oder Websites im Ganzen geeignet, arbeitet.[155] Jede Suchmaschine durchforstet das Internet mit sogenannten Webcrawlern oder Webharvestern.[156] Diese kopieren und speichern Inhalte von Websites ab.[157] Dazu haben die Suchmaschinenbetreiber riesige Datenzentren angelegt.[158] Schließlich werden diese Inhalte indexiert: Die Website wird nach bestimmten Inhalten und Stichworten katalogisiert.[159] So können Suchanfragen der Nutzer rasch bedient werden. Die technischen Kopiervorgänge, die im Einzelnen ablaufen, sind zahlreich und variieren von Suchmaschine zu Suchmaschine. Bei einer Suchanfrage zeigt die Suchmaschine für jedes Ergebnis eine Überschrift sowie einen Textausschnitt, ein sog. Snippet, an. Zum Ablauf der Suche einerseits und zur Erstellung des Snippets andererseits ist es erforderlich, den Websiteinhalt zu kopieren.[160] Gleiches gilt für die Bildersuche, bei der die Bilder in Miniatur als sogenannte Thumbnails angezeigt werden.[161] Dies stellt urheberrechtlich relevante Vorgänge dar, nämlich einmal das Vervielfältigen und andererseits das öffentliche Zugänglichmachen.

Bei der Google Buchsuche ist der Sachverhalt vergleichbar. Google muss zunächst die Bücher scannen und die Scans speichern. Dies entspricht faktisch dem Crawlen einer Web-site.[162] Anschließend müssen die Bücher ebenfalls indexiert werden, um sie innerhalb der Buchsuche suchbar zu machen.[163] Dieser Vorgang entspricht der Erstellung einer digitalen Registerkarte, wie sie früher in analoger Form in Bibliotheken benutzt wurden. Schließlich erfolgt eine Anzeige von Textschnipseln, sog. Snippets, aus den Büchern.[164] Die Kläger argumentierten, dass das Scannen und Speichern der Bücher sowie die Anzeige von Snippets urheberrechtsverletzend sei. Beide Argumente haben Strahlwirkung auf den Betrieb der Suchmaschine insgesamt, sodass Google ein enormes Interesse an einem Vergleich hatte. Die Fair-Use-Schranke war bedroht.[165]

---

[155] Vereinfachte Darstellung abrufbar unter: http://www.google.com/insidesearch/howsearchworks/thestory/.

[156] *Peherstorfer*, S. 22.

[157] *Peherstorfer*, S. 22.

[158] *Google, Inc.*, Alles über die Suche, Crawling und Indexierung, abrufbar unter: http://www.google.com/insidesearch/howsearchworks/crawling-indexing.html (Stand: Juli 2014).

[159] *Peherstorfer*, S. 22; *Sag*, 103 North Western University Law Review, 1607, 1617 (2009).

[160] *Sag*, 103 North Western University Law Review, 1607, 1617 (2009).

[161] *Ott*, ZUM 2007, 119, 120.

[162] *Sag*, 55 New York Law School Law Review, 19, 25 (2010).

[163] *Sag*, 103 North Western University Law Review 1607, 1644 (2009).

[164] *Google, Inc.*, Ansichten in der Google Buchsuche, http://books.google.de/intl/de/googlebooks/screenshots.html (Stand: Juli 2014).

[165] *Sag*, 55 New York Law School Law Review 19, 25 f. (2010).

b. Interesse der übrigen Verwerter

Die übrigen Verwerter, d.h. insbesondere die Verlage, haben wenig Interesse daran, dass Google in Konkurrenz mit ihrem Print- und ggf. Onlinegeschäft tritt. Die europäischen Verlage lehnten das Settlement insgesamt ab.[166] Allerdings ist die Position der Verlage im Zusammenhang mit Google Books ambivalent. Einige Verlage verklagten Google und engagierten sich zeitgleich im Partnerprogramm, wie die Association of American Publishers, die im Jahr 2012 unabhängig vom Rechtsstreit mit den Autoren einen eigenen Vergleich mit Google abschloss.[167] Dieses Verhalten ist spiegelbildlich für die „alten" Medien: Einerseits muss das Internet erschlossen werden, um nicht vom technischen Fortschritt überholt zu werden oder der Konkurrenz den Markt zu überlassen, andererseits sind viele Unternehmen noch immer in ihren herkömmlichen Geschäftsmodellen verfangen. Hier zeigt sich die konfuse Lage der gesamten Industrie. Ist das Internet für die Verlage nun Segen oder Fluch? Ist es ratsam, die Marketingmöglichkeit für Bücher über Google Books nicht zu nutzen, wo doch amazon.de nach google.de und scholar.google.de diejenige Seite ist, auf die die meisten Besucher von Google Books weitersurfen?[168] Der Abschluss eines Vergleichs hätte für die Verwerter jedenfalls den Vorteil gehabt, dass ihnen Einnahmen für die Verwendung durch Google entstanden wären. Eine Gerichtsentscheidung zugunsten von Google im Sinne einer Bejahung der Fair-Use-Doktrin wäre letztlich einer „Alles oder nichts"-Lösung gleich-gekommen. Dies barg ein hohes Risiko, das den gesonderten Vergleichsschluss im Jahr 2012 erklärt.

3. Interesse der Allgemeinheit

Das Interesse der Allgemeinheit vor Abschluss des Google Book Settlements ist mit einer simplen Frage zu beantworten: Geht es der Gesellschaft mit dem Settlement besser als ohne es?[169] Unabhängig von der Frage, wie der genaue Inhalt des Settlements aussieht, ist bereits hier anzuführen, dass das Interesse der Allgemeinheit am Zugang zum Dienst Google Books enorm ist. Pro Woche verzeichnet die Seite in den USA über 12 Millionen und in Deutschland über eine Million Besucher.[170] Der Konkurrent gutenberg.org generiert dagegen weltweit nur über

[166] Objection *Harrasowitz, Media 24 et al., Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Sept. 9, 2009).

[167] Association of American Publishers, PUBLISHERS AND GOOGLE REACH SETTLEMENT, 4.10.2012, abrufbar unter: http://www.publishers.org/press/85/ (Stand: Juli 2014).

[168] Similarweb LTD, abrufbar unter: http://www.similarweb.com/website/books.google.de (Stand: Juli 2014).

[169] *Sag*, 55 New York Law School Review 19 (2010).

[170] Similarweb LTD, abrufbar unter: http://www.similarweb.com/website/books.google.de (Stand: Juli2014).

eine Million Besucher pro Woche.[171] Der Zugang zu Wissen wird durch Google Books massiv erleichtert. Bücher werden ubiquitär zugänglich und unterliegen in digitaler Form keiner Halbwertszeit. Sogar verwaiste und vergriffene Werke werden durch Google Books wieder allgemein nutzbar. Die Vorteile einer solch umfangreichen Bibliothek sind für die Gesellschaft ein Gewinn.

Allen positiven Aspekten des Projekts Google Books liegt das allgemeine Verständnis zumindest in Europa zugrunde, dass der Zugang zu Wissen und damit zu Büchern ein Grundbedürfnis ist. Es ist demnach vor allem von staatlicher Seite zu sichern. Diesen Auftrag nimmt der Staat in Deutschland beispielsweise durch die öffentlich-rechtlichen Bibliotheken sowie teilweise die Universitäten wahr. Auch im Grundgesetz ist diese Zielsetzung verankert: Dort ist der Kulturförderungs- und Bildungsauftrag des Staates festgelegt.[172] Nicht zu vernachlässigen ist aber der Art. 73 Abs. 1 Nr. 5a GG. Nach diesem soll eine Abwanderung deutschen Kulturguts ins Ausland verhindert werden. Dies schließt auch die Bestände von Bibliotheken und Archiven mit ein.[173] Eine Ausfuhr im Sinne der Norm läge vor, wenn sie nicht nur vorübergehender Natur wäre.[174] In diesem Sinne bezeichnete der Direktor der französischen Nationalbibliothek das Google-Books-Programm als Kulturimperialismus.[175] Ob derartige Einwände durchgreifen, mag bezweifelt werden, weil beispielsweise, wie es die Bayerische Staatsbibliothek gezeigt hat, mit Google vereinbart werden kann, dass die Digitalisate Eigentum der jeweiligen Bibliothek werden und entsprechend von dieser umfangreich genutzt werden dürfen.[176] Genauso wenig verschließt sich Google gegen irgendwelche Arten von Büchern, sei es aufgrund ihrer Sprache oder des Inhalts.[177] Nicht zu bezweifeln hingegen ist, dass Googles Marktmacht im Bereich der Online-Bibliotheken einmalig ist. Dies zeigen nicht nur die Anzahl der angebotenen Digitalisate, sondern auch die bereits dargestellten Besucherzahlen. Ob eine derartige faktische Monopolstellung wünschenswert ist, darf bezweifelt werden. Zu bedenken ist aber, dass ein monopolistisches Angebot immer noch besser ist als kein Angebot und die Alternativangebote zu Google Books, nämlich gutenberg.org und libreca.com, das Niveau von Google Books bisher nicht erreicht haben.

---

[171] Similarweb LTD, abrufbar unter: http://www.similarweb.com/website/gutenberg.org (Stand: Juli 2014).
[172] *Evers*, NJW 1983, 2161, 2163.
[173] Maunz/Dürig/*Uhle*, Art. 73 GG, Rn 130.
[174] Maunz/Dürig/*Uhle*, Art. 73 GG, Rn 132.
[175] *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 563.
[176] Goethe Institut, „Die Bayerische Staatsbibliothek lässt ihre Bücher von Google digitalisieren“, Interview mit Dr. Klaus Ceynowa, dem Stellvertreter des Generaldirektors der Staatsbibliothek, vom Mai 2007, abrufbar unter: http://www.goethe.de/wis/bib/dib/de2332286.htm (Stand: Juli 2014).
[177] *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 563.

4. *Ergebnis*

Die Interessen der Urheber sind uneinheitlich. Sie reichen von strikter Ablehnung bis hin zur Forderung technischer Veränderungen bei einem Vergleich. Überwiegend ist wohl eine Vergleichsbereitschaft anzunehmen, anderenfalls hätte das Google Book Settlement keinen Boden gehabt. Für Google geht es darum, das Projekt weiter und gewinnbringend voranzutreiben sowie eine negative Entscheidung des Gerichts in Sachen Fair Use zu vermeiden, da dies auf das Geschäftsmodell der Suchmaschine abstrahlen könnte. Die europäischen Verlage lehnen einen Vergleich kategorisch ab, anders als die amerikanischen Verlage, die einen außergerichtlichen Vergleich mit Google geschlossen haben. Die Allgemeinheit ist am Erhalt der Vorzüge der Dienstleistung von Google Books interessiert.

III. Regelungsgehalt und Konzeption

Das Google Book Settlement wird im Folgenden in seiner abgeänderten Form des ASA behandelt.[178] Das Dokument umfasst 141 Seiten, 162 Definitionen, 17 verschiedene Kapitel und 116 verschiedene Klauseln sowie weitere 15 Anhänge mit wichtigen Regelungen. Eine vollständige Wiedergabe des Settlements ist daher von vornherein ausgeschlossen. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt auf den grundsätzlichen Regelungen des ASA, die mit den zu untersuchenden Parametern im Zusammenhang stehen.

1. *Anwendungsbereich*

a. Zeitlicher Anwendungsbereich

Das ASA erfasst ausschließlich Werke, die vor dem 5.1.2009 veröffentlicht wurden. Es handelt sich dabei um das im ursprünglichen Settlement Agreement in der Definition „Books“ und unter der Abschnitt 1.94 festgesetzte Notice Commencement Date. Dies ist der Zeitpunkt, zu dem das sogenannte Class-Notice-Programm starten sollte.[179] Danach sollten die Mitglieder der Class umfangreich durch unter anderem E-Mail, eine permanente Website und weitere Maßnahmen über das Settlement informiert werden. Den Zeitpunkt für den Beginn dieser Informationshandlungen setzte das Gericht durch den damaligen Richter *Sprizzo* in seiner vorläufigen Genehmigung des Vergleichs fest.[180] Er folgte damit dem Vor-

---

[178] *Authors Guild v. Google, Inc.*, Amended Settlement Agreement, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Nov. 13, 2010).

[179] *Authors Guild v. Google, Inc.*, Settlement Agreement, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Oct. 28, 2008), Ziffer 1.16, 1.94.

[180] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136, Order Granting Preliminary Settlement Approval (S.D.N.Y., Nov. 14, 2008).

schlag der Parteien.[181] Das Datum wurde für die gleichlautende und noch laufende Information der Class, die sich gegenüber dem SA lediglich verkleinert hatte, übernommen.[182]

Für den Geltungszeitraum sieht das Settlement eine enorm lange Spanne vor. Das Settle-ment soll nämlich erst an dem Tag auslaufen, an dem das letzte US-Urheberrecht an einem erfassten Werk endet. Das US-Urheberrecht hat nach 17 U.S.C. § 302(a) eine Schutzdauer von 70 Jahren post mortem auctoris. Dies hat zur Folge, dass ein Buch, dessen Autor beispielsweise im Jahr 2047 stirbt, noch im Jahr 2117, also im 22. Jahrhundert, vom ASA erfasst würde.[183]

b. Persönlicher Anwendungsbereich

Das Google Book Settlement betrifft als Beteiligte Google, Inc. sowie die Class Member. Der persönliche Anwendungsbereich ergibt sich dabei aus einem Zusammenspiel der Definitionen zu der Amended Settlement Class[184] selbst sowie zu Sub-Class[185], Books[186] bzw. Inserts[187] und Copyright Interest[188]. Betroffen sind danach Urheber und Rechtsinhaber, die nach US-Recht bis zum 5.1.2009 ein Copyright Interest an einem Book oder Insert besitzen. Books sind nur analoge, d.h. in Papier gebundene Schriftwerke. Sie müssen vor dem 5.1.2009 rechtmäßig veröffentlicht worden und Gegenstand eines Copyright Interest sein. Letzteres ist entweder Eigentum oder Miteigentum an einem US-Urheberrecht oder einer exklusiven Lizenz an einem solchen, aber nur soweit das Recht von einer Nutzung betroffen ist, die nach diesem ASA berechtigt ist oder für die eine Kompensation gezahlt wird. Zudem muss es sich um ein United States Work, definiert gem. 17 U.S.C. § 101, handeln. Dies sind solche, die zuerst in den USA oder gleichzeitig in den USA und einem anderen Land veröffentlicht wurden oder, im Falle der Veröffentlichung außerhalb der USA, deren Autor ein US-Staatsbürger ist oder dort

---

[181] *Authors Guild v. Google, Inc.,* Settlement Agreement Attachement H, S. 4, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Oct. 28, 2008).

[182] *Authors Guild v. Google, Inc.,* Amended Settlement Agreement, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Nov. 13, 2009), Ziffer 12.1.

[183] *Grimmelmann*, 91 North Carolina Law Review 387, 391 (2012).

[184] § 1.13 ASA.

[185] Diese besteht aus der Authors Sub-Class (§ 1.17 ASA) und der Publishers Sub-Class (§ 1.122 ASA). Die Authors Sub-Class setzt sich dabei aus Urhebern, deren Erben und Rechtsnachfolgern sowie allen anderen Mitgliedern der Amended Settlement Class zusammen, die nicht Teil der Publishers Class sind. Die Publishers Sub-Class umfasst alle Mitglieder der Settlement Class, die als Unternehmen Bücher verlegen, und auch deren Lizenznehmer exklusiver Lizenzen, Rechtsnachfolger und Zessionare sowie ferner Zeitschriften verlegende Unternehmen und deren exklusive Lizenznehmer, Rechtsnachfolger und Zessionare, die ein Copyright Interest in einem oder mehreren Books oder Inserts haben.

[186] § 1.19 ASA.

[187] § 1.75 ASA.

[188] § 1.41 ASA.

seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder Wohnsitz hat. Handelt es sich hingegen nicht um ein United States Work, muss es entweder bei der U.S. Copyright Registry eingetragen gewesen sein oder in Kanada, im Vereinigten Königreich oder Australien veröffentlicht worden sein.[189] Eine solche Beschränkung der Definition „Books" auf in- sowie solche ausländische Bücher war im SA noch nicht enthalten und auf harte Kritik aus Deutschland und Frankreich gestoßen.[190] Der stärkste Kritikpunkt war, dass es unmöglich sei, eine unbegrenzte Zahl an Autoren überhaupt über das Settlement in Kenntnis zu setzen, und dass ausländische Urheber vom ASA erfasst seien, soweit sie sich bei der U.S. Copyright Registry registriert haben.[191] Die Beschränkung hatte jedoch eine geschätzte Reduzierung erfasster Werke um 50 % zur Folge.[192]

Als Inserts umfasst das ASA nach dem U.S. Copyright Act diverse selbständige geschützte Texte, Tabellen und Graphen mit gewissen weiteren Voraussetzungen, wenn diese als United States Work im Sinne von 17 U.S.C. § 101 bei dem U.S. Copyright Office registriert worden sind. Ausdrücklich nicht als Insert erfasst sind bildliche Darstellung wie Fotografien, Illustrationen, Karten, Bilder und Notensätze. Ebenfalls ausgenommen sind jegliche gemeinfreie Werke.

c. Räumlicher Anwendungsbereich

Der räumliche Anwendungsbereich eines Class Action Settlements folgt grundsätzlich aus dem FRCP. Dort ist keine Einschränkung im Hinblick auf den Geltungsbereich eines Settlements enthalten. Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs folgt aus dem ASA selbst.[193] Die Nutzungsarten Digitization und jede andere Form der Vervielfältigung, des Display und Non-Display Use[194] sowie jede weitere Nutzung sind auf das Gebiet der USA beschränkt. Ausgenommen davon sind nur gemeinfreie Werke.[195] Die Nutzungsmöglichkeit der Werke ist damit räumlich beschränkt.[196]

---

[189] Zur Verifizierung des Ortes der Veröffentlichung dienen die im Buch abgedruckten Informationen.

[190] *Bechtold*, GRUR Int. 2010, 282, 284; *Sag*, 55 New York Law School Law Review 19, 39 (2010).

[191] Memorandum of Law in Opposition to the Settlement Proposal on Behalf of the French Republic, *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Sep. 8, 2009), S. 3 f.; Memorandum of Law in Opposition to the Settlement Proposal on Behalf of the Federal Republic of Germany, *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Jan. 28, 2010), S. 1, 2 f.

[192] *Sag*, 55 New York Law School Review 19, 39 (2010).

[193] § 17.7(a)(i) ASA.

[194] Vgl. dazu Abschnitt B.III.2.b und B.III.2.c.

[195] § 17.7(b) ASA mit Ausnahme für Werke aus Jurisdiktionen ohne eine Schutzdauer 50 Jahre post mortem auctoris.

[196] *Peukert,* UFITA 2010/II, 477, 480.

d. Sachlicher Anwendungsbereich

Bereits der persönliche und räumliche Anwendungsbereich definiert sich über die erfassten Werke, abgesteckt durch die Definitionen des ASA für Books und Inserts. Insoweit wird auf die vorherigen Abschnitte B.III.1.b und B.III.1.c verwiesen.

2. *Nutzungsrechte*

Die grundsätzliche Regelung betreffend der Nutzungsrechte an den erfassten Werken befindet sich in Kapitel II des ASA. Die folgende Darstellung beschränkt sich daher allein auf die zentralen Regelungen mit einigen wichtigen Detailregelungen. Eine Unterscheidung zwischen Nutzungsrechten und Nutzungsarten trifft das ASA nicht.

a. Nutzungsrechtseinräumung

Das ASA erlaubt Google als Begünstigtem nach § 2.1(a) zunächst ganz allgemein, Bücher zu digitalisieren, Abonnements für die elektronische Bücherdatenbank oder für einfache Zugänge zu einzelnen Büchern zu vertreiben sowie Werbung auf Buchseiten und weiteren Nutzungsarten zu verkaufen. Die dafür erforderliche Nutzungsrechtseinräumung der Rechtsinhaber der Werke ergibt sich zunächst allgemein aus § 2.2. ASA. Danach darf Google die erfassten Werke scannen, auf Servern speichern und einen sogenannten Display Use und Non-Display Use durchführen. Insgesamt ermöglicht das ASA Google drei wesentliche Angebote, nämlich Preview[197], Consumer Purchase[198] und Institutional Subscription[199].[200] Eine Übertragung des Copyrights nach amerikanischem Recht erfolgt durch das ASA ausweislich § 3.1(a) nicht. Es bestehen daher nach deutschem Verständnis nur einfache Lizenzen.[201] Dies hält das ASA im Übrigen in § 3.1(a) ausdrücklich fest.

b. Non-Display Use und Non-Display Book

Mit Non-Display Use ist dabei jede Nutzung gemeint, die nicht darin liegt, der Öffentlichkeit eine digitale Kopie eines Werks zugänglich zu machen. Als Beispiele nennt das ASA die Anzeige bibliographischer Informationen oder die Untersuchung der Digitalisate.[202] Ermöglicht wird damit vor allem das sogenannte Data-

---

[197] § 4.3 ASA.
[198] § 4.2 ASA.
[199] § 4.1 ASA.
[200] *Band*, 9 J. Marshall Review of Intellectual Property Law 227, 265 (2009).
[201] Zu dieser grundlegenden Auslegung bei Übertragbarkeit des Urheberrechts nach ausländischem Recht: Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, Vor §§ 120 ff. UrhG, Rn 151.
[202] § 1.94 ASA.

und Text-Mining.[203] Beides hat für Google einen besonderen kommerziellen Wert. Mit der Indexierung der Bücher lassen sich exotische Suchanfragen von Nutzern beantworten, was im Hinblick auf die Bindung der Nutzer an eine bestimmte Suchmaschine bedeutend ist und somit einen Wettbewerbsvorteil darstellt.[204]

c. Nutzungsumfang bei Display Books/Display Use

Der genaue Umfang der Nutzung der Bücher ergibt sich aus dem Zusammenspiel der Definition von Display Books und Display Use, weil Ersterer die Gestattung von Letzterem voraussetzt. Display Use bedeutet Snippet Display[205], Front Matter Display[206], Access Uses[207] und Preview Uses[208]. Mit diesem Nutzungsumfang erhält Google die Möglichkeit, die Werke auf drei verschiedene Wege auszubeuten, nämlich durch Institutional Subscriptions, Consumer Purchase und Previews.[209] Institutional Subscriptions ermöglichen Ausbildungs- und Regierungsinstitutionen sowie Firmen einen zeitlich begrenzten Zugang zur Institutional Subscription Database (ISD). Diese umfasst den Zugang zu allen Büchern, die Gegenstand einer Institutional Subscription sein können.[210] Was nun Inhalt der ISD ist, bleibt damit unklar. Jedenfalls kann sie im Ganzen oder teilweise durch ein entsprechendes Abonnement genutzt werden.[211] Innerhalb der Institutional Subscription soll Google verschiedene Zugangsmöglichkeiten zu den Büchern anbieten, unter anderem durch kostenlosen Public Access in öffentlichen Bibliotheken und Institutionen höherer Bildung.[212]

Mit dem Consumer Purchase kann Google Nutzern den dauerhaften Onlinezugang zu Büchern ermöglichen.[213] Der Nutzer kann also einen Zugang zum jeweiligen Titel über die Google-Books-Plattform erwerben. Den Preis des Buchs

---

[203] *Borghi/Karapapa*, 1 Queen Mary Journal of Intellectual Property 21, 26 (2011).

[204] *Samuelson*, 2 Wisconsin Law Review 477, 516 (2011) mit Verweis auf die Stellungnahme der Konkurrenten Microsoft und Yahoo.

[205] § 1.147 ASA (Anzeige von bis zu drei Textschnipseln, jeder drei bis vier Zeilen lang, pro Suchbegriff und Nutzer)

[206] § 1.61 ASA (Anzeige der Titelseite, Haupttitelseite/Impressum, Inhaltsverzeichnis, sonstige Seiten vor dem Inhaltsverzeichnis und Indizes des Buchs)

[207] § 1.1 ASA (Institutional Subscriptions, Consumer Purchase und der Public Access Service ab dem Effective Date)

[208] § 4.3 ASA (Nutzungen, die die Anzeige von geschütztem Material eines Buchs an Nutzer von Google Products and Services ermöglichen, zusätzlich zu Material, das bereits im Rahmen von Snippet Display und Front Matter Display angezeigt wird und Gegenstand von § 4.3 Preview Uses ist).

[209] So auch *Band*, 9 J. Marshall Review Intellectual Property Law 227, 265 (2009); *Frosio*, 28 Santa Clara Computer & High Technology Law Journal 80, 112 (2011).

[210] §§ 1.78, 4.1(a)(v) ASA.

[211] § 4.1(a)(v) ASA.

[212] § 4.8 ASA.

[213] § 4.2 ASA.

setzt Google mittels eines Algorithmus auf einen Betrag zwischen 1,99 und 20 Dollar fest, es sei denn, der Rechtsinhaber gibt Google einen Preis vor.[214] Die Erstellung einer Kopie des angezeigten Werks mittels der am Computer verfügbaren Copy/Paste-Option und auch Ausdrucke schränkt Google ein.[215]

Mit dem Preview Use darf Google die Bücher an Konsumenten seiner Angebote in einem Umfang bereitstellen, der über das hinausgeht, was bereits mit dem Snippet Display und dem Front Matter Display möglich ist.[216] Es handelt sich also um eine Erweiterung des Anzeigens der Werke, wobei unklar bleibt, ob Letzteres auch vollständig möglich ist.

Weitere Modelle zur Generierung von Gewinnen können durch eine Zusatzvereinbarung zwischen Google und der Books Rights Registry[217] erfolgen. Diese sind z. B. ein Print-on-Demand-Service, d.h. der Vertrieb einer Drucklegung eines als nicht Commercially Available eingestuften Buchs,[218] sowie ferner die Möglichkeit eines File Downloads solcher Bücher im PDF-Format.[219]

d. Default Rules – Non-Display Book und Display Book

Das Settlement legt im Zusammenhang mit diesen Nutzungsmöglichkeiten sogenannte Default Rules, also Standardregeln, fest, nach denen sich die Nutzung der Bücher richtet, wenn der Rechtsinhaber nicht für ein bestimmtes Werk spezielle Regelungen wählt.[220] Die Standardregeln richten sich danach, ob es sich bei dem Werk um ein Buch handelt, das Commercially Available ist.[221] Für die Frage, ob ein Werk Commercially Available ist, kommt es darauf an, ob das jeweilige Buch noch vertrieben wird.[222] Nicht vertriebene Bücher werden als Display Books und Out-Of-Print Books bezeichnet. Noch vertriebene Bücher hingegen werden als Non-Display Books und In-Print Books betitelt.[223] Für nicht mehr vertriebene Bücher (Display Books) gilt die Standardregel, dass Google Display Use anbieten darf.[224] Für noch vertriebene Bücher (Non-Display Books) hingegen gilt als Standardregel das Non-Display Use.[225]

---

[214] § 4.2(b), (c) ASA.
[215] § 4.2(a) ASA.
[216] §§ 1.108, 4.3 ASA.
[217] Vgl. dazu Abschnitt B.III.3.
[218] § 4.7(a) ASA.
[219] § 4.7(b) ASA.
[220] § 4.3(b) ASA.
[221] § 1.31 ASA.
[222] § 3.2 ASA.
[223] §§ 3.2(b), 3.2(d)(ii) ASA; die Bezeichnungen „In-Print“ und „Out-Of-Print“ sind dabei die Bezeichnungen für das Author-Publisher Procedure nach ASA Attachment A und außerdem für die Registry (vgl. Abschnitt B.III.3) relevant.
[224] § 3.3 ASA.
[225] § 3.3(a), 3.4 ASA.

e. Commercially Available

Die Frage, ob es sich um ein Display Book oder Non-Display Book handelt, ist für die Nutzbarkeit durch Google entscheidend. Somit kommt es darauf an, wie festgestellt wird, ob ein Buch Commercially Available ist. Hierzu sieht § 3.2(d)(i) ASA vor, dass allein Google dies nach einem vorgegebenen Verfahren festlegt. Google muss dazu eine Analyse in Datenbanken von Dritten und eine Analyse der Verfügbarkeit im Handel mittels öffentlich zugänglicher Informationen aus dem Internet durchführen.[226] Die Datenbanken Dritter müssen dabei die USA, Kanada, UK und Australien umfassen und zugleich auf eine faire und zumutbare Weise für Google zugänglich sein. Für die Analyse der Datenbanken hat Google den Veröffentlichungsstatus, die Produktverfügbarkeit und/oder Verfügbarkeitscodes zu nutzen, um festzustellen, ob die jeweilige Datenbank das Buch als Commercially Available einstuft oder nicht. Bei der Analyse von frei zugänglichen Interneteinformationen hat Google die Verfügbarkeit im Handel und damit den Status als Commercially Available durch verschiedene Quellen festzustellen. Aufgrund der in den Quellen potenziell enthaltenen Fehler soll Google ein mit der Books Rights Registry[227] abgestimmtes Verfahren anwenden, um die Fehlerquote möglichst gering zu halten. Alle Bücher, für die Google keine Informationen erlangt, gelten als nicht Commercially Available. Google informiert die Registry über den Status der Werke zum Notice Commencement Date und danach von Zeit zu Zeit.[228]

Rechtsinhaber können Google unmittelbar bezüglich des Status als Commercially Available informieren, insbesondere durch Mitteilung an Google selbst oder die Registry. Erhält Google derartige Informationen von den Rechtsinhabern, muss Google das jeweilige Werk sofort als Commercially Available einstufen. Schätzt Google die gelieferten Informationen nachvollziehbar als unzureichend ein, hat Google das Recht, die Einklassifizierung im Schiedsverfahren nach Artikel IX anzugreifen.

f. Ergebnis

Die Nutzungsrechtseinräumung für Google ist umfangreich und ermöglicht, die Bücher auf viele verschiedene Weisen zu kommerzialisieren. Differenzierungen in der Nutzungsmöglichkeit richten sich danach, ob das Werk der Öffentlichkeit ganz oder teilweise über die Plattform in diversen Formen zugänglich gemacht wird, oder ob die Nutzung auf die eher technische Auswertung und Verwendung in der Suchmaschine beschränkt ist. Für den Nutzungsumfang existieren Standardregeln. Die Unterscheidung, welche Standardregel zur Anwendung kommt, ist davon abhängig, ob das Werk noch im Handel erhältlich ist. Die Prüfung, ob dies

[226] § 3.3(d)(i) ASA.
[227] Zu dieser Institution vergleiche Abschnitt B.III.3.
[228] § 3.2(d)(ii) ASA.

der Fall ist, nimmt Google selbst vor, wobei Rechercheanforderungen vorgeschrieben sind.

3. *Kollektivierung durch die Registry*

Von zentraler Bedeutung für das ASA und die Ausgestaltung des GBS-Projekts ist die Schaffung der Books Rights Registry. Hauptaufgabe der Registry ist die Verwaltung der Urheberrechte der Class Member, die Gegenstand des ASA sind. Für die Kosten der Errichtung der Registry kommt Google mit insgesamt 34,5 Millionen Dollar auf.[229] Zugleich sind aber die Kläger dafür verantwortlich, dass die Registry bei ihrer ersten Vorstandssitzung das ASA ratifiziert und sich eine Gründungsurkunde und Satzung gibt, die mit den Anforderungen des ASA an die Registry übereinstimmen und die von Google überprüft werden dürfen.[230] Mit Abschluss des ASA wird die Registry zugleich von den Klägern und Rechtsinhabern dazu bevollmächtigt und beauftragt, ihre im ASA festgelegten Rechte und Pflichten wahrzunehmen.[231] Mit der Registry erfolgt somit eine kollektive Rechtewahrnehmung.

a. Organisation

Die Registry soll als Non-Profit-Organisation errichtet werden. Die Errichtung erfolgt durch die Kläger. Jegliche Einnahmen der Registry sind ausschließlich für die Rechtsinhaber vorgesehen.[232] Das ASA legt zudem eine Reihe von Regelungen für die Satzung der Registry fest. Zunächst soll die Organisationsform so gewählt werden, dass die Registry die Interessen der Rechtsinhaber wahrnehmen, zeitnah auf Anfragen von Google und den Bibliotheken reagieren und, soweit es nach US-Recht möglich ist, Lizenzen an Dritte einräumen kann. Bei sogenannten Unclaimed Books nimmt dies die Unclaimed Works Fiduciary[233] wahr. Als Unclaimed werden solche Werke bezeichnet, deren Rechtsinhaber sie nicht mittels des von Google bereitgestellten Formulars nach dem ASA für sich beanspruchen.[234] Eine Definition gibt es für Unclaimed Books nicht. Die Unclaimed Works Fiduciary ist dabei eine von Urhebern und Verlagen unabhängige natürliche oder juristische Person, die vom Vorstand der Registry mit einer Dreiviertelmehrheit (Supermajority) bestimmt wird und gerichtlich bestätigt werden muss.

[229] § 5.2 ASA.
[230] § 6.2(c) ASA.
[231] § 6.7 ASA; gegen den geäußerten Willen der Rechtsinhaber darf die Registry freilich nicht gegenüber Google agieren.
[232] § 6.2(a) ASA.
[233] §§ 1.160, 6.2(b)(iii) ASA.
[234] § 13.1 ASA.

b. Aufgaben der Registry

Die Registry hat diverse im ASA festgelegte Aufgaben zu erfüllen. Die Aufgabenfelder legt das ASA wie folgt fest:[235]

- Vertretung der Rechtsinhaber nach dem ASA;
- Eigentum und Pflege einer Datenbank mit Informationen über Rechte an Büchern und Inserts sowie deren Urheber und Verleger;
- Rechtsinhaber von Büchern und Inserts mit wirtschaftlich zumutbaren Anstrengungen ausfindig zu machen;
- Einnahme von Zahlungen von Google für die Rechtsinhaber und Ausschüttung dieser an Rechtsinhaber in Übereinstimmung mit dem ASA, dem Plan of Allocation[236] und dem Author-Publisher Procedure;
- Schlichtung bei Streitigkeiten zwischen Rechtsinhabern;
- Preisfestsetzung für Bücher von Rechtsinhabern außerhalb der USA;
- Überwachung der Anforderungen des ASA und Anweisungen der Rechtsinhaber sowie Schaffung von Möglichkeiten, dass die Rechtsinhaber diese auch selbst prüfen und überwachen können;
- Sonstige Aufgaben, die der Vorstand der Registry festlegt, soweit sie nicht dem ASA widersprechen und in den Aufgabenbereich der Registry fallen.

c. Rechte und Pflichten der Registry

Neben dem vorgenannten allgemein gehaltenen Aufgabenkatalog der Registry enthält das ASA an unterschiedlichen Stellen viele wichtige Rechte und Pflichten, die die Registry im Rahmen der Verwaltung der Rechte der Rechtsinhaber geltend machen kann, insbesondere gegenüber Google. Die Registry ist von so zentraler Bedeutung für das ASA, dass nahezu jede Regelung des ASA Rechte und Pflichten für die Registry begründet oder die Registry anderweitig erwähnt.[237] Im Folgenden sollen vor allem die wesentlichen Pflichten aus den Kapiteln II bis VI aufgelistet werden. Die dort festgelegten Rechte und Pflichten sind von besonders grundsätzlicher Relevanz, da es dort um die Kernaufgabe der Registry geht, nämlich die Rechtewahrnehmung. Die Registry befindet sich dabei in einer Position zwischen Google und den Rechtsinhabern. Weitere Akteure, die gegenüber der Registry tätig sind, sind die Unclaimed Works Fiduciary, die Fully Participating Libraries und die Cooperating Libraries. Eine stichpunktartige Darstellung der wichtigsten Rechte und Pflichten der Registry ist im Anhang A enthalten.

---

[235] § 6.1(a)-(g) ASA.

[236] §§ 1.107, 5.4, Attachment C ASA, Verteilungsplan, nach dem Google und die Registry Zahlungen an die Registered Rightsholders tätigen.

[237] Im 165 Seiten umfassenden ASA (ohne Anlagen, mit Anlagen: 366 Seiten) wird die Registry 649 mal erwähnt.

i. Status und Klassifizierung von Büchern

Eine weitere Kernaufgabe der Registry liegt in der Registrierung von Rechtsinhabern von Büchern.[238] Registrieren sich Rechtsinhaber bei der Registry, erhalten sie den Status als sogenannte Registered Rightsholders, woraus weitere Rechte entstehen.[239] Zudem ist die Registry zuständig für die Benachrichtigung Googles, sollte ein Rechtsinhaber gegenüber der Registry sein Recht geltend machen, sein Buch insgesamt (Right to Remove[240]) oder teilweise (Right to Exclude[241]) aus dem Google Book Settlement herauszunehmen. Auch sogenannte Change Requests in Bezug auf den Display und Non-Display Use von Registered Rightsholders sind von der Registry umzusetzen.[242] Ferner hat die Registry auch die Möglichkeit, die Einstufungen eines Werks durch Google als In-Print oder Out-Of-Print anzugreifen[243] und mit Google die Einstufungskriterien festzulegen.[244] Darüber hinaus kann die Registry auch selbst die Einstufung als Out-Of-Print-Werk veranlassen.[245] Auch den Status als Commercially Available können Rechtsinhaber gegenüber der Registry geltend machen, was die Registry dann prüft und worüber sie Google benachrichtigt.[246] Die Registry legt mit Google gemeinsam fest, wann ein Werk als gemeinfrei anzusehen ist, und überwacht die Einstufung.[247] Schließlich kann die Registry Google anweisen, ein Buch als Display Book zu klassifizieren, oder Google mitteilen, dass das Buch nach Anweisung des Rechtsinhabers als Non-Display Book genutzt werden soll.[248]

ii. Zahlungen und Preisfindung

Kernaufgabe der Registry ist auch die Vereinnahmung und Ausschüttung von Zahlungen. Dies erfolgt nach dem Verteilungsplan (Plan of Allocation[249]).[250] Auf

[238] § 1.124 ASA.
[239] § 1.124 ASA.
[240] §§ 1.126, 3.5(a)(i) ASA, Recht, einen Titel vollständig aus dem GBS auszunehmen, d.h. eine digitale Kopie und/oder deren Nutzung durch Google zu beenden, wobei der Umfang von Fristen abhängig ist, zu denen das Recht ausgeübt werden muss. Dafür gelten gemäß § 1.126(b) ASA zwei Ausnahmen, nämlich erstens für die Bereitstellung digitaler Kopien an Fully Participating Libraries und Host Sites, und zweitens zur Nutzung durch Google selbst als Host Site nach § 7(d)(ii) ASA.
[241] § 3.5(b)(i), (a)(i) ASA, Recht ein Buch oder Teil davon von Display Use, Revenue Models und Book Annotation Sharing Feature auszuschließen.
[242] § 3.2.(e)(i) ASA.
[243] § 3.2(e)(i) ASA.
[244] § 3.2(d)(i) ASA.
[245] § 3.2(d)(ii) ASA.
[246] § 3.2(d)(i), (ii), (iii) ASA.
[247] § 3.2(d)(v)(1), (2), § 3.2(e)(ii) ASA.
[248] § 3.2(e)(i), § 3.3(e), § 3.4(b), 3.2(i) ASA.
[249] The Plan of Allocation bestimmt die Zahlungen von Google an Registered Rightsholders nach §§ 4.1 (Institutional Subscriptions), 4.2 (Consumer Purchases), 4.4 (Advertising Revenue Mod-

der Einnahmenseite erhält die Registry von Google 70 % der Einnahmen, die Google mit der Nutzung der Bücher in Google-Produkten und -Dienstleistungen in den USA erwirtschaftet.[251] Anfänglich hat Google 45 Millionen US-Dollar in einen Settlement Fund[252] zu zahlen, damit daraus Class Member entschädigt werden können, deren Bücher und Inserts vor dem 5. Mai 2009 digitalisiert wurden, wobei für ein Buch mindestens 60 Dollar und für Inserts mindestens zwischen 5 und 15 Dollar zu zahlen sind.[253] Wichtig ist zunächst die Festsetzung von Preisen für Institutional Subscriptions (IS), die den Zugang zur Institutional Subscription Database ermöglichen.[254] Der Preis wird anhand von FTE[255]-Preisbändern nach gewissen Parametern bestimmt.[256] Außerhalb der IS wirkt die Registry an der Preisfindung für einzelne Bücher im Rahmen des Consumer Purchase[257] mit. Die Rechtsinhaber können dazu gegenüber der Registry individuelle Preisvorstellungen geltend machen oder ihre Werke gebührenfrei anbieten.[258] Anderenfalls gilt der sogenannte Settlement Controlled Price, der durch einen Algorithmus festgesetzt wird.[259] Schließlich kann die Registry mit Google über die Initiierung weiterer Einnahmemodelle, sogenannter Additional Revenue Models[260], verhandeln.[261]

el), 4.7 (Additional Revenue Models), 4.8 (Public Access Service) und 5.1 (Cash Payment to Class Member Whose Books and Inserts Have Been Digitized).

[250] § 2.1(a) ASA

[251] § 2.1(b) ASA; von der Gesamtsumme sind zuvor 10 % für Googles Betriebskosten abzurechen.

[252] § 1.145 ASA, Summe aller von Google zu zahlenden Einlagen und darauf anfallenden Zinsen unter Verwaltung der Depository Bank.

[253] § 2.1(b) ASA; bei Nichtausreichen der Summe wäre Google nachschusspflichtig, im Falle überschießender Zahlungen würde eine Verteilung nach dem Plan of Allocation greifen.

[254] § 4.1(ii) ASA.

[255] Full Time Equivilancy, § 4.1(a)(iii)(1) ASA.

[256] § 4.1(a)(ii), (iii), (iv) ASA; FTE bedeutet dabei Full Time Equivalent Users. Die Preisgestaltung ist dabei von der Art der Institution (Unternehmen, Hochschulen etc.) ebenso wie von der Qualität des Scans und dem Angebotsumfang der Subscription abhängig. Eine anfängliche Preisstrategie, die Google zunächst allein festlegt und zwei bis drei Jahre gelten soll, muss die Registry verhandeln und genehmigen.

[257] Consumer Purchase bedeutet den Zugang für Nutzer, gegen Gebühr online den gesamten Inhalt eines Display Books anzusehen, § 1.35 ASA. Im Einzelnen umfasst der Consumer Purchase die Funktionen Anzeige, Copy/Paste und Seitenausdruck von Büchern sowie unter Umständen Kommentierungen, § 4.2(a) ASA.

[258] § 4.2(a)(i), § 4.2(b)(ii) ASA.

[259] § 4.2(b)(i)(2) ASA.

[260] Alle anderen Einnahmemodelle, also Institutional Subscriptions, Consumer Purchases, Advertising Uses, Public Access Services, die Google und die Registry nach § 4.7 ASA vereinbaren.

[261] §§ 1.133, 4.7 ASA.

iii. Lizenzvergabe an Dritte

Die Registry hat das Recht, Nutzungsrechte an Dritte, d.h. nicht Google, zu lizenzieren.[262] Die Rechtseinräumung an Google ist nicht-exklusiv.[263] Eine Rechtseinräumung an Dritte durch die Registry ist mit dem ASA aber nicht explizit eingeräumt. Für eine solche Lizenzierung an Dritte müssen die Rechtsinhaber der Registry die Erlaubnis erteilen bzw. sie dazu bevollmächtigen. Dies ist Ausfluss des Prozessrechts, denn im Rahmen der Class Action können Rechtsinhaber nicht im Hinblick auf Dritte gebunden werden.[264] Sie sind nicht Prozesspartei.

iv. Unclaimed Funds

Weitere Kernaufgabe der Registry ist die Verwaltung von Unclaimed Funds nach Anweisung der unabhängigen Unclaimed Works Fiduciary.[265] Unclaimed Funds sind Einnahmen für Unclaimed Works. Die Registry hat die Pflicht, mit den Mitteln aus den Unclaimed Funds die Rechtsinhaber dieser Werke zu suchen.[266] Werden Mittel nicht in Anspruch genommen, ist es Sache der Registry, nach 10 Jahren Gelder an gemeinnützige Institutionen auszuschütten.[267] Auch die Verteilung oder Rückzahlung fälschlicherweise vereinnahmter Zahlungen für gemeinfreie Bücher an Google (Public Domain Funds) ist Aufgabe der Registry.[268] Über die Ausschüttung von Unclaimed Funds und Public Domain Funds erstellt die Registry Aufzeichnungen sowie einen Jahresreport und hat diesbezüglich ein Audit von Google zu dulden.[269] Unclaimed Funds betreffen damit vor allem verwaiste Werke.

v. Ergebnis

Die Registry ist wesentlicher Eckpfeiler des ASA. Mit ihr schafft das ASA eine Verwertungsgesellschaft für die Verwaltung der Rechte der Urheber und Verlage. Sie siedelt sich also zwischen Rechtsinhabern und Google an. Urheber und Verlage sind gemeinsam in den Gremien der zu schaffenden Institution repräsentiert. Die Registry kann den Status des Werks und damit dessen Nutzungsmöglichkeit gegenüber Google geltend machen, wenn die Rechtsinhaber ihre Gestaltungsrechte nach dem ASA ihr gegenüber ausüben. Zentrale Aufgabe ist die Einnahme und Verteilung der Lizenzgebühren sowie deren Festsetzung und Gestaltung. Eine

---

[262] § 6.2(b)(ii) ASA; für Unclaimed Works nimmt diese Aufgabe die Unclaimed Works Fiduciary wahr.
[263] § 2.4 ASA.
[264] *Band*, 9 J. Marshall Review of Intellectual Property Law 227, 294 (2009).
[265] § 6.3(a)(i)(1) ASA.
[266] § 6.3(a)(i)(2) ASA.
[267] § 6.3(a)(i)(3) ASA.
[268] § 6.3(b) ASA.
[269] § 6.3(c), (d) ASA.

Lizenzvergabe an Dritte ist nur möglich, wenn Rechtsinhaber die Registry individuell dazu ermächtigen. Neben der Registry verwaltet die Unclaimed Works Fiduciary die Einnahmen für nicht in Anspruch genommene Werke und trifft damit eine Regelung insbesondere für verwaiste Werke und den Umgang mit Einnahmen aus diesen.

4. *Opt-Out-Rechte*

Den Class Member steht nach amerikanischem Prozessrecht das Recht zu, die Eigenschaft als Class Member zu beenden. Daneben ermöglicht das Settlement, selbst den Status als Class Member zu beenden und den Rechtsinhabern, individuelle Regelungen für ihre Werke im Rahmen des ASA zu treffen und von Default Rules abzuweichen.

a. Opt-Out nach FRCP

i. Right to Exclude nach FRCP Rule 23

Die hier einschlägige Rule 23(b)(3) Class Action zeichnet sich durch die Möglichkeit aus, ein Right to Exclude einzuräumen, das gemeinhin als Opt-Out-Recht bezeichnet wird.[270] Für das Right to Exclude müssen die Class Member bestimmte formale Anforderungen einhalten, die im Folgenden erörtert werden.

ii. Ausschlussfrist, Notifizierung und Ausübung des Right to Exclude/Opt-Out

(1) Ausschlussfrist

Nach dem FRCP Rule 23(c)(2)(B)(vi) legt das Gericht die Ausschlussfrist und die Art und Weise der Ausübung für das Right to Exclude fest. Die zunächst von Richter *Sprizzo* auf den 5.5.2009 gelegte Frist wurde von Richter *Chin* für das ASA auf den 28.1.2010 verlängert.[271] Im ASA fand dies als Supplemental Opt-Out Deadline Eingang.[272]

(2) Notifizierung

Die Verpflichtung zu Notifizierung besteht nach FRCP Rule 23(c)(2)(B) speziell für die Rule (b)(3) Class. Das Gericht muss danach die bestmögliche Benachrichtigung der Class Member anordnen, die unter den Umständen des jeweiligen Einzelfalls möglich ist. Class Member, die mit zumutbarem Aufwand identifiziert

---

[270] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136, Class Certification Order (S.D.N.Y., May 31, 2012), S. 24.

[271] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136, Order Granting Preliminary Settlement Approval (S.D.N.Y., Nov. 19, 2009), Ziffer 17.

[272] § 1.156 ASA.

werden können, müssen mit einer individuellen Nachricht informiert werden. Der Inhalt der Bekanntmachung muss inhaltlich klar und prägnant sowie in einfachen und verständlichen Worten die Art der Class Action, die Definition der zertifizierten Class, die Ansprüche der Class, Einwendungen oder Einreden, das Recht eines jeden Class Member, sich von einem Rechtsanwalt vertreten zu lassen, die Möglichkeit eines jeden Class Member zum Right to Exclude, die Frist für die Ausübung des Right to Exclude und schließlich die Schilderung des bindenden Effekts eines Urteils für alle Class Member enthalten.[273]

Eine Sonderregelung für die Bekanntmachung gilt für die sogenannte Settlement Class. Dabei wird der Rechtsstreit mittels Vergleich beigelegt. FRCP Rule 23(g)(1) sieht vor, dass das Gericht eine Notifizierung in zumutbarer Weise an alle Class Member anordnen muss, die an den Vergleichsvorschlag gebunden wären. Im Fall von *Authors Guild v. Google, Inc.* hat das Gericht diese Anforderungen im Preliminary Settlement Approval umgesetzt. Die Durchführung der Notifizierung erfolgt mit einem im Anhang zum Beschluss befindlichen Formular.[274] Dieses Benachrichtigungsformular (Supplemental Notice) musste der Class Counsel an diejenigen Class Member per E-Mail oder postalisch senden, die bereits ihre Adresse über die Class-Webseite, einen Claim Form, Opt-Out zum Settlement Agreement, eine Stellungnahme oder einen Amicus-Curiae-Schriftsatz eingereicht hatten.[275] Außerdem ordnete das Gericht an, die Supplemental Notice auf der offiziellen Website zur Vergleichsvereinbarung bereitzustellen.[276] Die Supplemental Notice genehmigt das Gericht als bestgeeignete Form und bestgeeignetes Mittel für die Benachrichtigung, und es bestätigt die Übereinstimmung mit den Anforderungen der Rule 23 FRCP sowie den Anforderungen des Due Process, was dem Rechtsstaatsgebot entspricht.[277] Die Umsetzung des Gerichts entspricht dem, was die Parteien im ASA für die Benachrichtigung ausgehandelt hatten.[278]

iii. Right to Exclude nach FRCP

Der FRCP schreibt in Rule 23(c)(2)(B)(v) für die (b)(3)-Class vor, dass das Gericht alle Class Member auf ihr Verlangen aus der Class entfernt. Entsprechend wird

---

[273] FRCP Rule 23(c)(2)(B).

[274] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136, Order Granting Preliminary Settlements Approval (S.D.N.Y., Nov. 19, 2009), Ziffer 16, Attachment N.

[275] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136, Order Granting Preliminary Settlements Approval (S.D.N.Y., Nov. 19, 2009), Ziffer 20.

[276] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136, Order Granting Preliminary Settlements Approval (S.D.N.Y., Nov. 19, 2009), Ziffer 21.

[277] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136, Order Granting Preliminary Settlements Approval (S.D.N.Y., Nov. 19, 2009), Ziffer 23, Attachment N.

[278] Dabei wurde im Vergleich zum ursprünglichen Settlement Agreement von der umfangreichen Nutzung von Medien, insbesondere Pressemitteilungen in Zeitungen, abgesehen und der Benachrichtigungsprozess verschlankt, §§ 12.1, 12.2 ASA

das Right to Exclude als Opt-Out-Möglichkeit, also als Widerspruch, bezeichnet. Class Member, die bereits für das Settlement Agreement von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, müssen nicht erneut aus dem ASA optieren.[279] Für alle anderen gilt nach dem Gerichtsbeschluss, dass sie nur dann von den Wirkungen des ASA ausgeschlossen sind, wenn sie die Formalien für das Procedere nach dem Settlement Agreement und der ursprünglichen Notifizierung oder dem ASA und der Supplemental Notice eingehalten haben.[280] Die Supplemental Notice verweist dabei auf die ursprüngliche Notice.[281] Die ursprüngliche Notice ist im Settlement Agreement enthalten und durch Gerichtsbeschluss ebenfalls vorläufig genehmigt.[282] In der Anlage I zum Settlement sind die Einzelheiten für die Ausübung des Opt-Out enthalten, während Anlage J die Bekanntmachungsanzeige enthält.[283] Im Einzelnen ergibt sich dabei, dass die Ausübung entweder durch ein Onlineformular oder mittels schriftlicher bzw. unterschriebener Benachrichtigung des Settlement Administrators erfolgen kann. Für die Einhaltung der o. g. Frist ist der Poststempel maßgeblich. Gründe müssen nicht angegeben werden. Zu nennen ist die jeweilige Sub-Class, auf die sich das Opt-Out bezieht, sowie Name und Adresse und, falls ein Urheber vertreten wird, der Name des Vertretenen. Zur Zuordnung, welche Bücher von einem Opt-Out betroffen sind, müssen Mitglieder der Publisher Sub-Class ihre Impressen angeben, unter denen sie Bücher verlegen. Zur Vereinfachung erbittet Google die Angabe von Titel, Urheber, Verlag und ISBN.

iv. Sonderfall: Opt-Out mehrerer Rechtsinhaber

Die prozessualen Normen der FRCP sehen für den Fall des Opt-Out mehrerer Rechtsinhaber keine Regelung vor. Dies liegt daran, dass FRCP Rule 23(c)(2)(B)(v) thematisch im Rahmen der Informationspflichten der Class angesiedelt ist und sich nur implizit die Möglichkeit zum Right to Exclude ergibt. Die genaue Ausgestaltung ist demnach wieder dem Preliminary Settlement Approval für das ASA sowie dem ASA selbst zu entnehmen. Der Gerichtsbeschluss trifft keine Regelung. Lediglich das ASA enthält in seiner Regelung zum Opt-Out die Formulierung „If all of the members of the Amended Settlement Class who have a Copyright Interest in a particular Book or Insert opt out of the Settlement

---

279 *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136, Order Granting Preliminary Settlements Approval (S.D.N.Y., Nov. 19, 2009), Ziffer 24.

280 *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136, Order Granting Preliminary Settlements Approval (S.D.N.Y., Nov. 19, 2009), Ziffer 24.

281 *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136, Order Granting Preliminary Settlements Approval (S.D.N.Y., Nov. 19, 2009), Attachement N.

282 *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136, Order Granting Preliminary Settlements Approval (S.D.N.Y., Nov. 19, 2009), Ziffern 13, 16-18.

283 *Authors Guild v. Google, Inc.,* No. 05 CV 8136, Settlement Agreement (S.D.N.Y., Oct. 8, 2008), Anhang I und K, Ziffer 15.

[…]“[284]. Die Ausübung des Opt-Out aus dem Settlement ist demnach wohl nur möglich, wenn alle Rechtsinhaber eine auf Opt-Out gerichtete Erklärung abgeben. Ein Miturheber, was notwendigerweise zwei Urheber eines Werks voraussetzt, dürfte somit allein nicht zur Ausübung des Opt-Out berechtigt sein. Besonderes Augenmerk ist hier auf die Definition des Inserts zu legen. Denn bei Werken mit Beiträgen mehrerer Autoren können diese als Insert behandelt werden, sodass die Verfasser jeweils einzeln über ihre Beiträge bzw. Inserts verfügen können. Dabei ist, wie unter Abschnitt B.III.1.b dargestellt, entscheidend, dass das Werk selbständig schutzfähig ist und vor dem 5.1.2009 bei dem U.S. Copyright Office registriert wurde sowie weitere Voraussetzungen vorliegen.[285] Der Anwendungsbereich des Inserts ist demnach eher gering. Dies führt im Ergebnis dazu, dass die Opt-Out-Möglichkeit bei mehreren Rechtsinhabern Lücken aufweist, die nach der Formulierung zulasten desjenigen gehen, der herausoptieren möchte. Gedacht sei hier beispielsweise an den Fall eines Buchs mehrerer Autoren, von denen einer nicht mehr ausfindig gemacht werden kann oder dessen Erben nicht ermittelbar sind. In diesen Fällen ist die Ausübung des Opt-Out nicht möglich. Folglich hat Google an dieser Stelle geschickt eine Möglichkeit gefunden, das Risiko des Opt-Out zu minimieren.

v. Rechtsfolgen des Opt-Out

Die Rechtsfolgen des Opt-Out-Mechanismus lassen sich ohne Weiteres der Rule 23(c)(2)(B)(v), dem ASA sowie dem dieses vorläufig genehmigenden Gerichtsbeschluss entnehmen: Der Class Member scheidet aus der Class aus und behält alle sein Rechte an seinem Werk sowie alle daraus resultierenden Ansprüche gegen Google.[286] Er steht so, wie er ohne den Prozess stehen würde. Das Right to Exclude wirkt damit ex tunc. Es verhindert jeglichen Anspruchsverzicht nach dem ASA.[287]

Bleibt das Opt-Out jedoch aus, führt dies zu einer Präklusion für alle weiteren Klagen gegen Google. Problematisch ist dabei, dass die ursprüngliche Klage und der Regelungsgegenstand des Settlements stark voneinander abweichen. Während es in der Klage zunächst nur um Snippets ging, erfasst das ASA einen ganzen Katalog an Nutzungsrechten für Google, der den Verkauf und die Anzeige kompletter Bücher vorsieht.[288] Das ASA nimmt den Class Member zukünftige Ansprüche und geht noch viel weiter. Denn nicht nur vergangene Rechtsverletzungen durch Google werden legitimiert, sondern auch zukünftige Rechtsverletzun-

[284] § 17.33 ASA.
[285] § 1.75 ASA.
[286] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136, Order Granting Preliminary Settlements Approval (S.D.N.Y., Nov. 19, 2009), Ziffer 24 a. E.; § 17.33 ASA.
[287] § 10 ASA.
[288] Weiterführend *Grimmelmann*, 91 North Carolina Law Review 387, 458 (2013).

gen, die unter Umständen Ansprüche begründen würden, erfasst das ASA aufgrund seines zeitlichen Anwendungsbereichs.[289] Diese weitgehenden Rechtsfolgen diskutiert die amerikanischen Literatur unter dem Stichwort Future Problem.[290]

vi. Zwischenergebnis

Der FRCP enthält für die (b)(3)-Class-Action ein zwingendes Opt-Out-Recht. Dieses ist implizit in den Vorschriften über die Notifizierung über die Class Action enthalten. Die genauen Anforderungen an die Notifizierung legt der Richter durch Beschluss fest. Selbiges gilt für die Frist zur Ausübung des Opt-Out-Rechts. Der Fall, dass nicht alle von mehreren Rechtsinhabern widersprechen, ist im FRCP nicht geregelt. Die Rechtsfolge ist der vollständige Ausschluss aus der Class und damit von jeglichen Rechtsfolgen des Rechtsstreits.

b. Opt-Out nach dem ASA

Das ASA regelt das Ausscheiden aus der Class und damit dem ASA selbst. Dafür enthält das ASA eine knappe Schilderung unter der Überschrift „Opt-Out".[291] Weitere Regelungen finden sich im Zusammenhang mit der Definition des Rechtsinhabers[292] und bei der Freistellung von Ansprüchen wegen u. a. Urheberrechtsverletzungen[293]. Erforderlich für dieses Herausoptieren ist, das Opt-Out bei Einhaltung der sogenannten Supplemental Opt-Out Deadline zu erklären.[294] Rechtsfolge ist erstens, dass alle Ansprüche wegen Urheberrechtsverletzungen gegen Google erhalten bleiben.[295] Ansprüche im Zusammenhang mit dem betreffenden Werk werden von dem ASA nach einem Endurteil, einer Klageabweisung oder einem Library Registry Agreement[296] in dem Verfahren erfasst.[297] Das Werk bleibt also vollständig unbeeinflusst sowohl von den gerichtlichen Entscheidungen in Bezug auf die Class Action, als auch von den Wirkungen des ASA. Zweitens ist der Rechtsinhaber kein Rightsholder im Sinne des Settlements mehr, sodass sein Werk nicht mehr im GBS genutzt werden kann und keine Einnahmen entstehen.[298] Die Nutzung des Werks wird durch das ASA weder gestattet noch verboten.[299] Drittens bleibt dem Rechtsinhaber unbenommen, einen vom ASA

---

[289] Siehe oben, Abschnitt B.III.1.a, § 17.3 ASA.
[290] Vgl. Abschnitt B.IV.1.c; *Grimmelmann*, 91 North Carolina Law Review 387, 392 (2012).
[291] § 17.33 ASA.
[292] § 1.18 ASA.
[293] § 10.2(b) ASA.
[294] § 17.33 ASA; vgl. Abschnitt B.III.4.a.ii(1).
[295] § 10.2(b) ASA.
[296] § 1.18 ASA.
[297] §§ 1.156, 17.33 ASA.
[298] § 1.134 ASA.
[299] § 17.33 ASA.

unabhängigen Lizenzvertrag über die Nutzung des Werks zu schließen.[300] Dies entspricht dem Right to Exclude nach dem FRCP.

c. Optionsmöglichkeiten nach dem ASA

Das ASA enthält drei wesentliche Möglichkeiten des Rechtsinhabers, als Class Member und damit Partei des ASA über den Umgang mit seinem Werk zu bestimmen, nämlich erstens die Änderung des Buchs in ein Non-Display Book, zweitens das Right to Remove und drittens das Right to Exclude.[301] Ihre Ausübung fasst das ASA unter dem Titel „Change Request" zusammen.[302] Für Unclaimed Works übernimmt die Aufgabe die Unclaimed Works Fiduciary. Das schlichteste Instrument der Rechtsinhaber ist, die Änderung des Status in ein Non-Display Book anzuweisen.[303] Das einschneidendste Mittel ist das Right to Remove. Es führt in der Rechtsfolge zum sogenannten Removal, wodurch keine digitalen Kopien mehr zugänglich sind.[304] Gestattet ein Rechtsinhaber aber zugleich den Consumer Purchase oder irgendein Revenue Model, dann greift das sogenannte Coupling Requirement.[305] Danach darf Google das Buch dann auch im Rahmen von IS anbieten, was den gegebenenfalls ausgeschlossenen Display Use umfassen würde. Dies ist widersprüchlich. Für den Umgang mit Inserts[306] differenziert das ASA je nachdem, ob der Rechtsinhaber an dem jeweiligen Buch personenverschieden ist. Bei verschiedenen Personen können diese ihre Rechte unabhängig vom Rechtsinhaber am Buch ausüben.[307]

d. Ergebnis

Die Rechtsinhaber haben unterschiedliche Möglichkeiten, ihre Werke aus dem ASA und dem Prozess auszuschließen. Das FRCP enthält eine gesetzliche und fristgebundene Alles-oder-nichts-Regel zum Ausstieg der Class Member aus dem Prozess insgesamt. Der Prozessausgang und das ASA betreffen diese dann nicht. Im ASA ist ebenfalls eine Opt-Out-Regel enthalten, die den gesetzlichen Vorgaben entspricht. Zusätzlich existieren diverse Gestaltungsmöglichkeiten für die Rechtsinhaber, vom kompletten Ausschluss des Werks aus dem ASA insgesamt bis hin zu detailreichen Änderungen von Standardregeln des ASA. Hier sind nur

[300] *Band*, 9 J. Marshall Review of Intellectual Property Law 227, 288 (2009).
[301] § 3.2(e)(i), § 3.5(a), (b) ASA.
[302] § 3.2(e)(i), § 3.3(e) ASA.
[303] § 3.2(e)(i), § 3.4(a) ASA, § 4.3(a), (b)(i); Preview Uses setzt Display Use voraus, §§ 1.94, 3.3, 3.4 ASA.
[304] § 3.5(a)(i) ASA.
[305] § 3.5(b)(iii); kritisch dazu *Picker*, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 462 (2009), S. 11.
[306] § 1.75 ASA: Umfasst sind folgende nach dem U.S. Copyright Act selbständig geschützte Werke und United States Works im Sinne des U.S. Copyright Act unter weiteren Voraussetzungen.
[307] § 4.5(b)(i) ASA.

teilweise Fristen einzuhalten. Die Rechtsinhaber sind aber stets an das ASA gebunden. Damit geht ein umfassender Anspruchsverzicht einher.[308]

IV. Dogmatische Einordnung

Für die Einordnung kommt es auf das amerikanische Verständnis des Class Settlements und des damit einhergehenden Opt-Out-Rechts an. Davon zu unterscheiden sind die Entscheidungsmöglichkeiten der Rechtsinhaber nach dem ASA selbst.[309] Diese führen nicht zum Verlassen der Class und entbinden auch nicht vollständig von den Regelungen des ASA. In der amerikanischen Literatur haben diese Opt-Out-Rechte von Class Member ohne Ausschluss den Terminus „Back-End Opt-Out Rights" erhalten.[310]

1. *Regelung durch Prozessvergleich*

Der im Class-Action-Verfahren ausgetragene Rechtsstreit kann in einem Vergleich münden.[311] Im Rahmen dieser prozessualen Konstellation ist zwischen einem Class Settlement und der sogenannten Settlement Class Action zu unterscheiden. Letztere zeichnet sich dadurch aus, dass die Class Action von vornherein nicht auf eine Entscheidung durch Urteil gerichtet ist, sondern dass die Class entweder nur für Vergleichsverhandlungen zugelassen oder sogar schon mit der Klageschrift ein Vergleichsvorschlag unterbreitet wird.[312] Ein kontradiktorisches Verfahren findet bei einer Settlement Class Action nicht statt, wie auch die Einigung auf den Vergleich regelmäßig bereits vor einem die Class genehmigenden Gerichtsbeschluss, dem Class Certification Order, erfolgt.[313]

a. Erfordernisse eines Vergleichs bei einer Sammelklage (Class Settlement)

Bereits oben wurden die entscheidenden Merkmale des Class-Action-Verfahrens geschildert. Dieses endet, insbesondere aufgrund der besonderen Drucksituation, zumeist durch Vergleich.[314] Rule 23(e) FRCP lässt einen Vergleichsabschluss auch im Class-Action-Verfahren zu. Nach der Rechtsprechung sind bei einer Settlement Class die gleichen Anforderungen zu erfüllen wie bei einer streitigen

[308] § 10 ASA.
[309] Vgl. Abschnitt B.III.4.c.
[310] *Nagareda*, 115 Harvard Law Review 747 (2002), Vanderbilt University Law School, Law & Economics Research Paper Number 01-12 (2001), S. 13, 14; *Wasserman*, 49 William & Mary Law Review 373, 383 (2007).
[311] FRCP Rule 23(e).
[312] Vgl. Abschnitt B.I.2.a.
[313] *J. C. Spindler*, S. 137.
[314] *Fitzpatrick*, Vanderbilt Law & Economics Working Paper Number 10-10 (2010), S. 7 f., vgl. auch Abschnitt B.I.2.a.

Class.[315] Zusätzlich sieht der FRCP in Rule 23(c) vor, dass der Vergleich vom Gericht genehmigt werden muss. Dazu muss der Vergleich „fair, reasonable, and adequate“ sein. Einzelheiten dazu erläutert Abschnitt B.V.1.

b. Tragweite eines Vergleichs

Die Besonderheit bei einer Class Action ist, dass nicht nur die originären Parteien des Rechtsstreits an das Urteil oder einen Vergleich gebunden werden, sondern auch Dritte, die als Teil der sogenannten Class als Class Member anzusehen sind: der sogenannte Res-iudicata-Effekt oder auch „claim preclusion“.[316] Ein solcher Vergleich ist also nicht bloß ein Vertrag mit Inter-partes-Wirkung zwischen den anwesenden Parteien.[317] Zur Class gehören alle potentiellen Streitgenossen auf Kläger- und Beklagtenseite sowie Personen, die ein gleichartiges Recht oder Rechte aus einem gleichartigen Sachverhalt geltend machen bzw. gegen die solche geltend gemacht werden.[318] Prozessbeteiligt sind aber nicht alle Class Member. Sie werden von Repräsentanten vertreten, was aufgrund der umfangreichen Bindung an den Ausgang des Rechtsstreits in Ansehung des Due-Process-Grundsatzes[319] von hervorragender Bedeutung ist und unter Umständen zur Unwirksamkeit von Urteil oder Vergleich im Rahmen des Class-Action-Verfahrens führt.[320] Im Unterschied zu einem Vergleich außerhalb des Class-Action-Verfahrens ist auch die sonst erforderliche individuelle Zustimmung nicht erforderlich, die das Vertragsrecht grundsätzlich zur Wirksamkeit des Vergleichsvertrags voraussetzen würde. Erforderlich ist vielmehr, dass das Gericht den Vergleich durch Beschluss bestätigt. Die umfassende Bindungswirkung rechtfertigt sich durch den bestätigenden Richterspruch.[321] Dessen Erfordernis wiederum leitet sich aus dem Due-Process-

[315] *Amchem Prods. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 619–22 (1997); Rechtsprechungsübersicht zur Class Action zu finden bei *Grimmelmann*, 91 North Carolina Law Review 387, Fn 1 (2012).

[316] *Cooper v. Federal Reserve Bank of Richmond*, 467 U.S. 869–70; *Grimmelmann*, 91 North Carolina Law Review 387, 390 (2012); *Eisenberg/Miller*, New York University Law & Economics Research Paper Series, Working Paper 04-004 (2004), S. 1; *Adolphsen/Mutz*, GRUR Int. 2009, 789, 794; *Issacharoff*, 77 Notre Dame Law Review 1057, 1063 (2002); *Wolff*, 105 Columbia Law Review 717, 718 (2005); *Rubenstein*, 82 New York University Law Review 790, 806 (2007).

[317] *Wolff*, 105 Columbia Law Review 718, 765 (2005).

[318] *Hay*, Rn 179.

[319] Dazu bereits unter Abschnitt B.I.2.b.

[320] *Hay*, Rn 179, 181; *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32, 44-45 (1940); *Rubenstein*, 82 New York University Law Review 790, 820 (2007); *Wolff*, 105 Columbia Law Review 718, 721 (2005), („There is a deep tension between the doctrine of preclusion as it is frequently applied in individual litigation and the conditions that serve to limit the use of the class action device. When absent Class Member are bound to a judgment, they are bound by virtue of the commonality of interest that makes it possible to find individual plaintiffs who will serve as proper representatives for them all. […] a court must assess, early in the proceedings, what the likely preclusive effect of a judgment will be upon members of the class it has been asked to certify.“); *Issacharoff*, 77 Notre Dame Law Review 1057 (2002).

[321] *Wolff*, 105 Columbia Law Review 718, 765 (2005).

Grundsatz ab, der anderenfalls für die abwesenden Class Member missachtet würde.[322] Daher hat der Supreme Court in dem Rechtsstreit *Amchem* die besonders hohen Prüfungspflichten des Gerichts im Hinblick auf das Vorliegen der Voraussetzungen festgestellt.[323] Von ganz zentraler Bedeutung ist im Rahmen der Prüfung, dass das Class Action Settlement nicht als bloße vertragliche Vereinbarung gesehen werden kann, sondern, da es alle abwesenden Class Member bindet, andere Kategorien für den Vergleichsschluss gelten müssen.[324] Durch die Bestätigung wird der Vergleich ein „act of judicial power", der als sogenannte Final Decision Rechtskraft entfaltet.[325] Die Bindungswirkung für die nicht anwesenden Class Member folgt also nicht aus der Vertretung durch die Representatives, sondern durch gerichtliche Entscheidung.[326]

c. Grenzen des Class Action Settlements – Future Problem

Besondere Bedeutung kommt dem Anspruchsverzicht (Claim Release) zu, da dieser im Rahmen eines Settlements eine vergleichbare Wirkung zur Präklusion (Claim Preclusion) bei einer Klage hat, nur im Rahmen eines Settlements präzise festgelegt wird.[327] Die Class Member erhalten für ihren Verzicht auf den Anspruch eine Abhilfe in individuell festzulegender Form (Release und Relief).[328] Eine besondere Spielart des Claim Release stellt dabei der sogenannte Future Conduct Release dar, bei dem der Beklagte mit dem Vergleich bereits für zukünftig eintretende Schäden durch nach dem Vergleichsschluss liegende Handlungen entlastet wird.[329] Das ASA enthält sowohl eine Klausel, die Google für alle begangenen Rechtsverletzung freistellt, als auch eine solche für noch zu begehende Rechtsverletzungen.[330] Die Regelung, derartige Verletzungen von einem Claim Preclusion bzw. Res-iudicata-Effekt zu erfassen, ist höchst problematisch. Das zeigt sich schon allein an der Preisfindung für derartige Rechtsverstöße im ASA. Das Gericht müsste prüfen, ob der Preisfindungsmechanismus aus dem ASA den Voraussetzungen „fair, reasonable, and adequate" auf eine Dauer von 100 Jahren entspricht. Auch würde das Verhältnis der Judikative zur Legislative ins Ungleich-

---

[322] *Wolff*, 105 Columbia Law Review 718, 765 (2005).

[323] *Amchem Prods. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 620 (1997); *Wolff*, 105 Columbia Law Review 718, 765 (2005).

[324] *Wolff*, 105 Columbia Law Review 718, 765 (2005).

[325] *J. C. Spindler*, S. 199.

[326] *Grimmelmann*, 91 North Carolina Law Review 387, 447 (2012): „The only way to make a release binding on a class is for the court to use its judgment power—and that it cannot do unless it has jurisdiction over the released claims in the first place."

[327] *Wolff*, 105 Columbia Law Review 718, 766 (2005).

[328] *Grimmelmann*, 91 North Carolina Law Review 387, 392 (2012).

[329] *Grimmelmann*, 91 North Carolina Law Review 387, 392 und 410 (2012) m. w. N., sog. „future problem", zu Unterscheiden ist zwischen „future claim release" und „future conduct release".

[330] § 10.1, 10.2 ASA.

gewicht geraten, wenn die Gerichte bereits vor einem eingetretenen Schaden festlegen, wie dieser zu kompensieren ist.[331]
Ein grundsätzliche Verweigerung der Regelung von Future Conduct Releases durch Class Action Settlements hingegen ist keine Lösung, da es sonst keinen Rechtsfrieden geben wird.[332] Entscheidendes Kriterium ist vielmehr, inwieweit zwischen Past Conduct Claims und Future Claims ein gleichartiger Sachverhalt und Anspruch besteht. Liegt der Sachverhalt für beide gleich, ist auch eine vergleichsweise Regelung für die Zukunft denkbar.[333] Ein Vergleich kann nur so weit gehen, wie auch eine gerichtliche Entscheidung Wirkungen zeitigen würde. Er kann also keine Normwirkung im Sinne abstrakt-genereller Anwendbarkeit entfalten.[334] Ein Settlement kann nur solche Ansprüche erfassen, die durch Urteil verloren gehen könnten.[335] In der gerichtlichen Entscheidungspraxis hat sich diese Unterscheidung bereits, wenngleich ohne Differenzierung zwischen Issue und Claim Preclusion, in einer sogenannten „identical factual predicate"-Doktrin geäußert.[336] Ein Gericht kann also nicht im Vergleich zur Wirkung bringen, was es nicht auch urteilen könnte.[337]

2. *Das Opt-Out-Recht und das Class Settlement*

Neben der allgemeinen Beurteilung des Class Action Settlements ist im Rahmen dieser Arbeit von besonderem Interesse, wie sich die Opt-Out-Regelung selbst einordnen lässt. Der Sinn des Opt-Out-Rechts im Rahmen des Class Action Settlement ist nicht mit einem einzigen Ziel oder Zweck zu erklären. Diese sind zahlreich.[338] An oberster Stelle steht dabei, dass das Opt-Out-Recht als Begründung für die Entscheidung über Rechte derer dient, die die Klage nicht selbst eingereicht haben.[339] Daraus folgt die Unterstellung des Supreme Courts, dass bei

---

331 *Grimmelmann*, 91 North Carolina Law Review 387, 429 (2012).

332 Ausführlich zur konkreten Behandlung des Problemkreises *Grimmelmann*, 91 North Carolina Law Review 387, 439 f. (2012).

333 *Grimmelmann*, 91 North Carolina Law Review 387, 443 (2012): „Any past-conduct claim can be barred by claim preclusion, and hence can be settled. Any future-conduct claim that depends on an issue essential to a past-conduct claim can be barred by issue preclusion, and hence can also be settled. Neither form of preclusion could apply to future-conduct claims that are materially different from any past-conduct claims the class can bring—call them 'novel' future-conduct claims—and hence these claims cannot be settled."

334 A.A. Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 120 UrhG, Rn 178.

335 *Grimmelmann*, 91 North Carolina Law Review 387, 439 f. (2012).

336 *Grimmelmann*, 91 North Carolina Law Review 387, 446 (2012).

337 *Grimmelmann*, 91 North Carolina Law Review 387, 451 (2012).

338 *Eisenberg/Miller*, New York University Law & Economics Research Paper Series Working Paper No. 04-004 (2004), S. 11 f., mit einer Übersicht der Einschätzung gewichtiger Stimmen in der amerikanischen Literatur.

339 *Eisenberg/Miller*, New York University Law & Economics Research Paper Series Working Paper No. 04-004 (2004), S. 7.

Nichtbeantwortung einer Notifikation über die Class Action implizit Einverständnis mit der Entscheidungsmacht des Gerichts besteht.[340] Zugleich würde nach h.M. ohne Opt-Out-Recht ein Konflikt mit dem Due-Process-Grundsatz entstehen, sodass es insgesamt dazu beiträgt, die Class Action verfassungsrechtlich zu rechtfertigen.[341] Ferner verhindert das Opt-Out-Recht, dass der Class Counsel eigene Interessen über die der Class stellt, sodass der Richter dieses dann weniger streng kontrollieren muss.[342] Handelt der Class Counsel interessenwidrig, wird es zu zahlreichen Opt-Outs kommen. In dieselbe Kerbe schlägt das Argument, dass das Gericht aus der Anzahl der Opt-Outs Schlüsse zur Entscheidungsfindung für die Genehmigung von Settlements ziehen kann, denn wenig Opt-Out bedeutet wohl regelmäßig auch ein hohes Vertrauen in den Vergleich.[343] Argumentiert wird auch, dass das Opt-Out-Recht die Übereinstimmung mit dem Selbstbestimmungsrecht sicherstellt und der potentielle Class Member vor einer Beteiligung in einem fernliegenden Klägerforum geschützt wird.[344]

Obwohl das prozessrechtliche Mittel der Class Action an sich vornehmlich positiv eingeschätzt wird, eilt der Class Action ein sehr negativer Ruf voraus und sie wird zunehmend kritisch gesehen.[345] Dies ist insbesondere auf windige Anwälte zurückzuführen, die die Class Action nutzen, um sich eine exzessiv hohe Vergütung zu sichern.[346] Insgesamt aber zeigt das Bild, dass das Opt-Out-Recht zur Rechtfertigung der weitreichenden Wirkungen des Class Action Settlements herangezogen wird und mit ihm die Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen Vorgaben hergestellt wird.

3. Ergebnis

Das ASA stellt ein Class Action Settlement dar. Durch einen genehmigenden Gerichtsbeschluss erstreckt sich der Vergleich auf alle Class Member. Aufgrund dieser Wirkung sind die Voraussetzungen des Class Action Settlements streng zu prüfen und es ist stets der Due-Process-Grundsatz zu beachten. Der Inhalt eines

---

340 *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797 (1985).

341 *Issacharoff*, 77 Notre Dame Law Review 1057, 1063 (2002); *Eisenberg/Miller*, New York University Law & Economics Research Paper Series Working Paper No. 04-004 (2004), S. 8, 13; teilweise wird dagegen argumentiert, das Opt-Out-Recht würde die Abschreckungswirkung der Class Action unterminieren und sei daher unethisch.

342 *Eisenberg/Miller*, New York University Law & Economics Research Paper Series Working Paper No. 04-004 (2004), S. 9.

343 *Eisenberg/Miller*, New York University Law & Economics Research Paper Series Working Paper No. 04-004 (2004), S. 9, 10.

344 *Eisenberg/Miller*, New York University Law & Economics Research Paper Series Working Paper No. 04-004 (2004), S. 12.

345 *Klonoff*, 90 Washington University Law Review 1, 4 (2013).

346 *Fitzpatrick*, Vanderbilt Law & Economics Working Paper Number 10-10 (2010), S. 1, 23; *Klonoff*, 90 Washington University Law Review 1, 4 (2013).

Class Action Settlements muss mit dem übereinstimmen, was der Richter auch mit einem Urteil entscheiden könnte. Dies gilt insbesondere für den Verzicht auf zukünftige Ansprüche. Die Opt-Out-Regelung des FRCP hat vornehmlich den Sinn, die weitreichenden Folgen des Class-Action-Verfahrens, insbesondere seine Erstreckung auf nicht anwesende Class Member, abzumildern und den Rechtsinhabern ihre individuelle Bestimmung über die Ansprüche zu sichern und damit Vereinbarkeit mit der Verfassung herzustellen. Die Rechtsprechung entnimmt dem Ausbleiben des Widerspruchs die Zustimmung zum Vergleich.

V. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

In der folgenden Darstellung wird die Vereinbarkeit des ASA mit höherrangigem Recht analysiert. Dabei bleiben kartellrechtliche und datenschutzrechtliche Problemstellungen außer Betracht.[347] Festzuhalten ist zunächst, dass – aufgrund der Erstreckung auf nicht anwesende Class Member durch Gerichtsbeschluss und die Präklusionswirkung – an ein solches Class Action Settlement besondere Anforderungen zu stellen sind. Die Class Action ist stets vor dem Hintergrund des Due-Process-Grundsatzes, individueller Autonomie und dem Allgemeininteresse am Rechtsfrieden zu beurteilen.[348]

1. *Anforderungen an ein Class Settlement nach FRCP*

Die Anforderungen an ein Class Action Settlement ergeben sich aus FRCP Rule 23(e) und lauten „fair, adequate, and reasonable". Die Auslegung dieser eher nach einer Verhältnismäßigkeitsprüfung anmutenden Tatbestandsvoraussetzungen erfolgt nach den sogenannten *Grinnell*-Faktoren, weil das Gesetz selbst keine näheren Bestimmungen zur Beurteilung von „fair, reasonable, und adequate" vorgibt.[349] Gegen das ASA sprechen nach Einschätzung des District Courts lediglich

[347] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Mar. 22, 2011), S. 36 f.; eine Aussage, ob das Kartellrecht zur Ablehnung des ASA führt, macht das Gericht nicht, sondern belässt es bei der Aussage, dass es Googles Marktstellung im Suchmaschinenmarkt verbessert. Datenschutzrechtliche Belange genügen dem Gericht nicht zur Ablehnung, vgl. S. 38, 39; vgl. zum Kartellrecht *Picker*, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 462 (2009); *Elhauge*, Harvard Public Law Working Paper No. 10-24 (2009).

[348] *Nagareda*, Vanderbilt University Law School, Law & Economics Research Paper Number 01-12 (2001), S. 11.

[349] Die Entscheidungserheblichkeit der Grinell-Faktoren ergibt sich daraus, dass das Berufungsgericht für den S.D.N.Y., der Second Circuit, diese in ständiger Rechtsprechung anwendet. Die Grinell-Faktoren setzen sich im Einzelnen wie folgt zusammen: 1) Komplexität, Kosten und Dauer des Rechtsstreits, 2) Reaktion der Class auf das Settlement, 3) Fortschritt der Rechtstreits und der Discovery, 4) die Risiken, das Verschulden nachzuweisen, 5) die Risiken, Schäden zu begründen, 6) die Risiken der Erhaltung einer Class Action im Verfahren, 7) die Fähigkeit der Beklagten, einem umfangreichen Urteil standzuhalten, 8) die Reichweite der Angemessenheit der Vergleichsmittel im Lichte der bestmöglichen Wiedergutmachung und 9) die Reichweite der

die Reaktionen der Class Member auf das Settlement. Entscheidend ist dabei vor allem die Zahl der Stellungnahmen, die darin geäußerten Bedenken und die beachtliche Zahl von 6800 herausoptierenden Class Member.[350]

2. *Ablehnungsgründe*

a. Anspruchsverzicht

Kernproblem für das Gericht ist der Umfang des Anspruchsverzichts durch das ASA. Ein Anspruchsverzicht setzt voraus, dass die Grundsätze des „identical factual predicate" eingehalten und die Class Member gerade im Hinblick auf die Claim Preclusion angemessen repräsentiert worden sind.[351] Das Gericht fasst dabei explizit den zweigeteilten Anspruchsverzicht für Vergangenheit und Zukunft ins Auge und stellt fest, nicht über den zukünftigen Anspruchsverzicht entscheiden zu können. Das ASA stelle einen unzulässigen Versuch dar, die Rechtsfolgen der Class Action zu nutzen, um eine zukunftsgerichtete Geschäftsvereinbarung zu treffen, die weit über den eigentlichen Rechtsstreit hinausgehe.[352]

b. Entscheidungskompetenz, Gewaltenteilung und Einschätzungsprärogative

Unzulässig sei ferner, dass zukünftige Rechtsinhaber von Registry und Unclaimed Works Fiduciary vertreten werden, nur weil diese nicht von ihrem Opt-Out-Recht Gebrauch gemacht hätten.[353] Das ASA würde Google damit die Möglichkeit eröffnen, auch Orphan Works unter dem Deckmantel sogenannter Unclaimed Works zu nutzen.[354] Die Einschätzungsprärogative für die Ordnung des Problems der verwaisten Werke und der Umsetzung der Ziele des Urheberrechts sei dem Kongress, d.h. der Legislative vorbehalten und bereits vom Supreme Court judiziert.[355]

Die Regelungen des ASA gehen nach Ansicht des District Courts erheblich über den ursprünglich streitigen Sachverhalt hinaus.[356] Dieser betraf nur die An-

Angemessenheit der Vergleichsmittel im Lichte der mit der Prozessführung verbundenen Risiken. Die Gewichtung der Abwägung erfolgt dabei nach den Umständen des Einzelfalls, vgl. *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Mar. 22, 2011), S. 16.

[350] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Mar. 22, 2011), S. 19.

[351] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Mar. 22, 2011), S. 17.

[352] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136, Memorandum of Law in Opposition to the Settlement Proposal on Behalf of the French Republic, (S.D.N.Y., Sep 8, 2009), S. 2; DOJ Statement of Interest 2 (S.D.N.Y., Feb. 4, 2010).

[353] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Mar. 22, 2011), S. 22.

[354] *Samuelson*, 2011 Wisconsin Law Review 477, 522; *ders.*, 34 Columbia Journal of Law & the Arts 697, 719 (2011); *ders.*, 94 Minnesota Law Review 1308, 1322 (2009).

[355] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Mar 22, 2011), S. 13 unter Verweis auf: *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 212 (2003).

[356] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Mar 22, 2011), S. 21, 24 f.

zeige von Snippets. Ansprüche aufgrund des Angebots vollständiger Bücher wurden nicht eingeklagt. Der Verkauf von Büchern über die Google Buchsuche sei nach Aussage von Google nicht beabsichtigt gewesen. Das ASA gibt Google also Rechte, Bücher zu verkaufen, für die Google sonst keine Rechte hätte, während Googles Konkurrenten den steinigen Weg der rechtsgeschäftlichen Lizenzvereinbarung gehen müssten.[357] Daher steht die Aussage des Gerichts: „I conclude that the released conduct would not arise out of the ‚identical factual predicate' as the conduct that is the subject of the settled claims."[358]

c. Repräsentation

Das Gericht war der Ansicht, dass zumindest Teile der Gruppe nicht adäquat repräsentiert worden seien.[359] Wissenschaftler seien an einem größtmöglichen Zugang zu Informationen interessiert, während es der Authors Guild und der Association of American Publishers um Gewinnmaximierung gehe.[360] Auch hätten die vor Gericht auftretenden Kläger kein Interesse daran, die Rechtsinhaber von Unclaimed Works ausfindig zu machen, denn mehr Opt-Out bedeute weniger Unclaimed Works zur Ausbeutung für Google. Das wiederum bedeute weniger Geld für alle anderen Class Member.[361]

3. Urheberrechtsfragen: Copyright Act

Die bisherige Argumentation des Gerichts ist vornehmlich auf die prozessualen Anforderungen an die Class Action gerichtet, zeigen aber bereits erste Verknüpfungen mit dem Urheberrecht, soweit es das Argument der Gewaltenteilung in Bezug auf die Lösung des Orphan-Works-Problems betrifft. Das Gericht argumentiert dazu unter der Überschrift „Copyright Concerns" unter erneutem Verweis auf das Dogma des Supreme Courts, dass die Einschätzungsprärogative des Kongresses zu beachten ist, soweit fundamentale technische Innovationen den Markt für urheberrechtlich geschütztes Material verändern.[362] Dieses Argument zeigt, wie gravierend das Gericht die Auswirkungen des Google Book Settlements einschätzt. Mit einer Auslegung bestehender Gesetze ist der Sachlage wohl nicht mehr Herr zu werden. Dabei bleibt es im Hinblick auf Copyright Concerns aber

---

[357] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Mar 22, 2011), S. 28.

[358] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Mar 22, 2011), S. 28.

[359] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Mar 22, 2011), S. 28 f.

[360] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Mar 22, 2011), S. 29.

[361] Das Gegenargument, dass in jeder Class Action ein Orphan-Problem steckt, weil auch die nicht aktiven Class Member auf Ansprüche verzichten, lässt das Gericht nicht zu, denn in allen übrigen Class Settlements verzichteten die Class Member auf Ansprüche aus einer bereits über sie ergangenen Rechtsverletzung, nicht aber auf ihr Eigentumsrecht als Ganzes und daraus erwachsende Ansprüche, *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Mar 22, 2011), S. 30; *Grimmelmann*, 58 Journal of the Copyright Society of the USA 701, 717 (2011).

[362] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Mar 22, 2011), S. 30.

nicht. Von zentraler Bedeutung sei auch, dass das ASA eine Enteignung auch von solchen Rechtsinhabern vorsehe, die bisher noch gar nicht über ihre Rechte verfügt haben.[363] Im Hinblick auf das exklusive Recht des Urhebers sei dies unzulässig. Vielmehr sei die Verfügungsgewalt über das Urheberrecht in seiner Eigenschaft als exklusives Recht bzw. das Recht, andere von der Nutzung auszuschließen, fundamental und über jeden Zweifel erhaben. Der Urheber habe auch das Recht, sich zurückzulehnen, nichts zu tun und sein Werk zu genießen, ohne dabei durch die nicht genehmigten Ausbeutung des Werks durch Dritte gestört zu werden.[364] Gerade dies aber werde durch die Opt-Out-Konstellation durchbrochen, indem der Nichtagierende seine Rechte verlöre, und das selbst für zukünftige Rechtsverletzungen. Eindrücklich untermauert das Gericht zudem Bedenken der betroffenen Autoren. Es hebt aus diesen Bedenken drei Punkte hervor, nämlich erstens, dass Rechtsinhaber von Unclaimed Works schlicht übergangen würden, weil Google keine ausreichende Suchpflicht aufgebürdet werde, zweitens Unverständnis dafür, dass plötzlich ein Tätigwerden erforderlich sei, um eine Nutzung zu verhindern, und nicht zuerst eine Genehmigung eingeholt werden müsse, und drittens die Befürchtung der Unkenntnis dieses Umstands.[365] Letzteres Argument ist in Anbetracht des vom Gericht zuvor als ausreichend deklarierten Benachrichtigungsprozesses und der daraus folgenden Ableitung einer Zustimmung widersprüchlich.[366]

4. *Eingriffsintensität*

Für den späteren Modellvergleich ist zu prüfen, welche Intensität das jeweilige Modell für die Rechtsinhaber hat. Eine Klassifizierung im Sinne urheberrechtlicher Schranken, deren Eingriffsintensität von sehr hoch (für die ersatzlose Aufhebung) und hoch (für die gesetzliche Lizenz) über mittel (für die Zwangslizenz) bis

---

[363] Dazu zitiert das Gericht 17. U.S.C. § 203(e)(e): „Involuntary Transfer - When an individual author's ownership of a copyright, or of any of the exclusive rights under a copyright, has not previously been transferred voluntarily by that individual author, no action by any governmental body or other official or organization purporting to seize, expropriate, transfer, or exercise rights of ownership with respect to the copyright, or any of the exclusive rights under a copyright, shall be given effect under this title, except as provided under title 11." Sowie 17 U.S.C. § 106(1) und (3): „Exclusive rights in copyrighted works - Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following: (1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords […] (3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending […]."

[364] In dieser Kernaussage zum Gegenstand des Copyrights bezieht sich das Gericht stets auf die Argumentation von Amazon; diese stammt von Prof. David Nimmer, abrufbar unter: http://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2005cv08136/273913/823 (Stand: Juli 2014).

[365] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Mar 22, 2011), S. 33.

[366] Vgl. Abschnitt B.IV.2.

hin zu gering (für die Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit) reicht, lässt sich auf das GBS nur analog übertragen.[367] Bei Betrachtung der Wirkungen der Schranken im Hinblick auf ihre Eingriffintensität zeigt sich, dass beispielsweise die ersatzlose Aufhebung eine höhere Intensität aufweist als die gesetzliche Lizenz, bei der zumindest eine Vergütung fällig wird. Bei der Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit ist nur die Ausübung des Rechts betroffen. Beim Google Book Settlement ist die Aufgabe an Rechten sehr umfangreich; dafür ist der Kreis der Begünstigten auf Google begrenzt und es wird eine Vergütung gezahlt. Am ehesten entspricht dies einer gesetzlichen Lizenz für den Zweck des GBS. Daraus folgt eine hohe Eingriffsintensität.

5. Vereinbarkeit mit der amerikanischen Eigentumsdogmatik

Das amerikanische Urheberrecht geht dem Grunde nach von einem Opt-In-Prinzip aus.[368] Dies zeigt sich ganz deutlich an 17 U.S.C. § 106: „The owner of copyright under this title has the exclusive rights … to authorize […].“ Dem Urheber steht das ausschließliche Recht zu, gewisse aufgezählte Nutzungen zu erlauben. Das Gericht hat sich geweigert, eine Übereinstimmung des ASA mit dem US-Recht auf Ebene des verfassungsrechtlich geschützten Urheberrechts zu akzeptieren.[369] Für das Gericht liegt dabei die Problematik darin, dass es einerseits an die Opt-Out-Konstruktion des FRCP und andererseits an die Copyright-Konstruktion gebunden ist. Insoweit prallen zwei Welten aufeinander, die sich nicht ohne Weiteres miteinander vereinbaren lassen. Dass der FRCP eine unzweifelhafte Regelung aufstellt, verschärft den Konflikt insoweit, als eine Kompromisslösung nicht möglich ist. Entweder ordnet sich das Copyright dem FRCP unter, oder die Class Action scheitert. *Grimmelmann* bringt es auf den Punkt: „If it were opt-in, it wouldn't be a Class Action.”[370] Daraus kann geschlossen werden, dass in den USA mit der Entscheidung zugunsten von Class Actions bereits die Entscheidung getroffen ist, dass Ausschließlichkeitsrechte gegenüber der Class Action bzw. dem Class Settlement zurückstecken müssen.[371] Dieses Ergebnis lässt sich sogar damit untermauern, dass der FRCP, um die Autonomie des Rechtsinhabers zu schützen, die Möglichkeit des Opt-Outs enthält.

[367] Schricker/Loewenheim/*Melichar*, Vor §§ 44 ff. UrhG, Rn 6; Loewenheim/*Götting*, § 30, Rn 40 ff.

[368] *Jasiewicz*, 112 The Yale Law Journal 837, 843 (2012); *Grimmelmann*, 58 Journal of the Copyright Society of the USA 497 (2011), NYLS Legal Studies Research Paper No. 09/10 #40 (2010), S. 701, 711; *Greenberg*, 59 UCLA Law Review, 1028, 1032 (2012).

[369] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Mar 22, 2011), S. 32: „In any event, I need not decide the precise question of whether the ASA would in fact violate § 201(e); the notion that a court-approved settlement agreement can release the copyright interests of individual rights owners who have not voluntarily consented to transfer is a troubling one.”

[370] *Grimmelmann*, NYLS Studies Research Paper No. 09/10 #40 (2010), S. 701, 711.

[371] *Grimmelmann*, NYLS Studies Research Paper No. 09/10 #40 (2010), S. 701, 717.

Die resultierende Fragestellung ist also, inwieweit sich Opt-Out mit der amerikanischen Urheberrechtsdogmatik in Einklang bringen lässt. Ausgehend von der oben genannten Copyright-Norm müsste man freilich ablehnender Haltung sein. Diese extreme Haltung läuft allerdings nicht mit dem Copyright Act konform. *Grimmelmann* führt zutreffend aus, dass es im amerikanischen Recht bereits Vorbilder für ein solches Opt-Out-Regime gibt, nämlich erlaube zum einen 17 U.S.C. § 110 (4) gewisse unkommerzielle nicht-bühnenmäßige Darbietungen, wenn der Urheber nicht widerspreche, und zum anderen sei dies in der Repräsentation von Urhebern bei nationalen Verwertungsgesellschaften oft der Fall, und schließlich sehe auch das Konventionsrecht eine ganze Reihe von Ausnahmen des Ausschließlichkeitsrechts vor.[372] Dennoch mutet es einigermaßen befremdlich an, dass mit dem Opt-Out nicht mehr der Verwerter die Bürde hat, den Urheber zum Opt-In zu bewegen, sondern dass dem Urheber nun seinerseits ein Tätigwerden aufgebürdet wird.[373]

Aber auch die ganz grundsätzliche amerikanische Eigentumstheorie setzt keine Grenzen, die ein Opt-Out Modell ausschließen. Dies gilt einerseits für Beschränkungen innerhalb des Class-Action-Verfahrens, zugleich aber auch aufgrund des amerikanischen Eigentumsverständnisses. Nach der von *Hohfeld* begründeten Theorie ist das Eigentumsrecht nämlich ein Bündel von Rechten („bundle of entitlements“) und kein einheitliches Gebilde.[374] Dieser Grundansatz folgt aus *Hohfelds*[375] Grundüberlegung, dass der Eigentümer stets das Recht zur Nutzung und das Recht, andere von der Nutzung auszuschließen, hat. Im Vergleich zum Sacheigentümer, der Privilegien („touse“) und Ansprüche zum Ausschluss anderer („claimrights“) innehat, hat der Urheberrechtsinhaber hingegen nur Letztere inne. Dies bedeutet zugleich, dass man beim Urheberrecht mit der Beschränkung der Verbotsrechte die Rechtsposition insgesamt in Frage stellt, während der Sacheigentümer seine Nutzungsrechte behält. Nach der Bündeltheorie von *Hohfeld* ist die Konzeption des Eigentumsrechts nicht aus irgendeinem Eigentumsbegriff vordefiniert, sondern wird allein durch den Gesetzgeber ausgestaltet.[376] In der Konsequenz ist es nicht möglich, für das Eigentum auf vordefinierte Eigenschaften zu

---

[372] *Grimmelmann*, 58 Journal of the Copyright Society of the USA 497 (2011), NYLS Legal Studies Research Paper No. 09/10 #40 (2010), S. 701, 712.

[373] *Bracha*, 85 Texas Law Review 1799, 1802 (2007).

[374] *Bracha*, 85 Texas Law Review 1799, 1804 (2007); *Bechtold*, GRUR 2010, 282, 286, spricht unpräzise von „bundle of rights“; *Hohfelds* Theorie geht davon aus, dass Eigentumsrechte wie alle anderen Rechte eine Mischung verschiedener rechtlicher Beziehung zwischen Personen sind, nämlich Ansprüche, die es erlauben, von einer anderen Person ein Tun oder Unterlassen zu fordern, und die mit staatlichem Zwang durchgesetzt werden können, sowie Privilegien, die ein Verhalten nach dem freien Willen erlauben, ohne dass es staatlicher Intervention bedarf, vgl. *Bracha*, ebenda, S. 1807.

[375] *Hohfeld*, 23 Yale Law Journal 16 (1913).

[376] *Bracha*, 85 Texas Law Review 1799, 1804 (2007).

verweisen, denn diese gibt es nicht.[377] Vielmehr ist das Eigentum positivrechtlich ausgestaltet und kein dogmatisches Konstrukt.[378] Die Folge ist, dass man sich beim Entfallen einer Prämisse für eine bestimmte Ausgestaltung nicht auf die schlichte Natur des Eigentums berufen kann, sondern die Form und Ausgestaltung mit bestimmten Rechten stets erneut mit normativen Argumenten gestützt werden muss.[379] Demnach ist eine dogmatische Ablehnung des Opt-Out-Grundsatzes nach diesem Rechtsverständnis nicht denkbar.[380] Das amerikanische Urheberrecht ist entsprechend flexibel und kann unproblematisch umgestaltet werden.[381] Geht man dem nach, so zeigt sich, dass das Urheberrecht für einzelne Rechte des Urhebers ganz unterschiedliche Mechanismen bereithält, die bereits eingangs unter Kapitel 1, Abschnitt B.II.3 im Zusammenhang mit *Calabresi* und *Melamed* dargestellt wurden, nämlich solche, die dem Rechtsinhaber Verbotsrechte gewähren, solche, die ihm lediglich Kompensationsansprüche gewähren, und schließlich solche, die gar zu Unveräußerlichkeit des Rechts führen.[382]

Schließlich ist ein Opt-Out-Recht auch deshalb mit dem US-Recht in Einklang zu bringen, weil Eigentumsrechte nicht statisch, sondern dynamisch sind. Der Übergang der Umgestaltung aufgrund gewisser Umstände ist nicht unüblich. Für das Urheberrecht zeigt sich die Dynamik bereits darin, dass es nach der Schutzdauer endet. Gleichfalls kann ein Übergang von einem Verbotsrecht zu einem bloßen Kompensationsrecht an gewisse Umstände geknüpft werden. Derartige Transformationsprozesse sind im Urheberrecht bekannt.[383]

Mit der amerikanischen Eigentumsdogmatik ist die Opt-Out-Regelung also in Einklang zu bringen. Eine Veränderung dürfte sich allerdings erst dann ergeben, wenn nach der utilitaristischen Prägung des amerikanischen Urheberrechts eine Rechtfertigung des Monopolrechts nicht mehr gegeben wäre, wovon erst dann auszugehen ist, wenn es Urheber nicht mehr zur Werkschöpfung anreizt.[384] Ein denkbarer Anwendungsbereich für Opt-Out ist also grundsätzlich nach utilitaristi-

---

[377] Zum Ganzen Bechtold: GRUR 2010, 282, 286, der im Wesentlichen *Bracha*, 85 Texas Law Review 1799, 1807 f. (2007) rezipiert.

[378] *Bechtold*, GRUR 2010, 282, 286.

[379] *Bracha*, 85 Texas Law Review 1799, 1807 (2007).

[380] *Bracha*, 85 Texas Law Review 1799, 1807 (2007), mit Verweis auf *Cohen Jehoram*, Transcendental Nonsense and the Functional Approach, 35 Columbia Law Review 809, 822–23 (1935), bezeichnet daher die Beschwerden über die Abkehr vom Opt-In als „tanscendental nonsense".

[381] *Bracha*, 85 Texas Law Review 1799, 1807 (2007); dies zeige sich mit Bracha im Übrigen an § 201(d)(2) of the Copyright Act, der festhält: „[a]ny of the exclusive rights comprised in a copyright, including any subdivision of any of the rights […] may be transferred." Daraus ergebe sich, dass jedes „entitlement" selbständig übertragbar sei.

[382] *Bracha*, 85 Texas Law Review 1799, 1809 (2007).

[383] *Bracha*, 85 Texas Law Review 1799, 1811 (2007).

[384] *Greenberg*, 59 UCLA Law Review 1028, 1067 (2012).

scher Sichtweise dort denkbar, wo Transaktionskosten für ein Opt-In so hoch werden, dass es nicht mehr praktikabel wäre.[385]

6. *Internationales Urheberrecht*

Die Tatsache, dass in den meisten Stellungnahmen ausländischer Regierungen zum ASA Hinweise auf Verstöße gegen RBÜ und TRIPS enthalten waren, genügte dem Gericht bereits, um dies im Rahmen seiner Entscheidung gegen das ASA zu gewichten.[386] Die Stellungnahmen der deutschen und der französischen Regierung wiesen lediglich darauf hin, dass das ASA schlicht kein geeigneter Regelungsrahmen zur Bindung zukünftiger Generationen und der Gestaltung digitaler Bibliotheken sei.[387] Welche Vorschriften aus RBÜ und TRIPS mit dem ASA konfligieren, wurde dagegen im Einzelnen nicht geprüft. Nicht außer Acht zu lassen ist, dass auch der WCT aufgrund von Art. 1 Abs. 4 einen Verstoß begründen kann.

a. Anwendbarkeit von Konventionsrecht auf das ASA

Entscheidend ist, ob RBÜ, TRIPS und WCT überhaupt auf das ASA Anwendung finden. Dafür muss zunächst der Adressatenkreis der Konventionen betrachtet werden. Die Mitglieder der RBÜ bilden einen Staatenbund (Art. 1 RBÜ), die Berner Union. Verpflichtet sind die Verbandsländer. Für TRIPS und WCT gelten die Schutzverpflichtungen für die Mitgliedsländer (Art. 65 TRIPS, Art. 3 WCT). Es erscheint fraglich, wie ein Vertrag zwischen Privaten, nämlich den Class Member und Google, in den Anwendungsbereich konventionsrechtlicher Verträge geraten soll, schließlich handelt es sich nicht um einen legislativen Akt. Das ASA hätte mit dem genehmigenden Gerichtsbeschluss, d.h. einem staatlichen Hoheitsakt, den Res-iudicata-Effekt nach sich gezogen. In der Folge wäre die Regelung auf nahezu jeden Urheber und Rechtsinhaber anwendbar geworden. Die gerichtliche Genehmigung hätte zur Zurechenbarkeit des ASA an das Verbands- bzw. Mitgliedsland USA geführt, sodass die Konventionen Anwendung gefunden hätten.

b. Formalitätenverbot, Art. 5 Abs. 2 RBÜ

In der Literatur wird bei ganz allgemeiner Betrachtung eines Opt-Out-Mechanismus teilweise vertreten, dass eine Opt-Out-Regelung einen unzulässigen Formalismus im Sinne von Art. 5 Abs. 2 RBÜ bzw. Art. 9 Abs. 1 TRIPS und Art. 1 Abs. 4 WCT aufstelle.[388] Die Frage eines Verstoßes gegen das Formalitätenverbot ist Gegenstand der folgenden Prüfung.

---

[385] Dazu z. B. die profunde Analyse von *Müller-Langer/Scheufen*, 8(1) Review of Economic Research on Copyright Issues 7 (2011); generell: *Bracha*, 85 Texas Law Review 1799, 1826 (2007).

[386] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Mar. 22, 2011), S. 40.

[387] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Mar. 22, 2011), S. 44.

[388] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 120 UrhG, Rn 178; *Möller*, S. 211 f.

i. Anwendbarkeit auf das ASA

Das RBÜ verpflichtet die Verbandsländer[389], nur für Auslandssachverhalte Mindeststandards zu garantieren, lässt es aber unbenommen, Inländern weniger Rechte einzuräumen.[390] Selbst die Entstehung des Urheberrechts für Inländer darf an Formalitäten geknüpft werden.[391] Für das Ursprungsland ist entscheidend, dass der Anwendungsbereich des Formalitätenverbots nur dann eröffnet ist, wenn es sich um einen Sachverhalt mit Auslandsbezug handelt. Die Frage des Formalitätenverbots stellt sich nicht für Sachverhalte, bei denen das Ursprungsland des Werks die USA sind, weil dort gem. Art. 5 Abs. 3 RBÜ ohnehin das Recht des Ursprungslands Anwendung findet, ohne dass es auf die von der RBÜ garantierten Mindeststandards ankommt. Das Ursprungsland ist nach Art. 5 Abs. 4 a) RBÜ das Land, in dem das Werk veröffentlicht wurde. Bei gleichzeitiger Veröffentlichung in anderen Verbandsländern ist es das Land mit der kürzesten Schutzfrist. Der Begriff des veröffentlichten Werks ist in Art. 3 Abs. 3 RBÜ legaldefiniert. Für nicht veröffentlichte Werke oder bei erstmaliger Veröffentlichung in einem verbandsfremden Land gilt nach Art. 5 Abs. 4 c) RBÜ das Verbandsland der Nationalität des Urhebers als Ursprungsland bzw. für Filme gem. Art. 5 Abs. 4 c) i) RBÜ das Land, in dem der Hersteller seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz hat. Das RBÜ ist demnach anwendbar bei Erstveröffentlichung in einem Verbandsland außerhalb der USA, wenn das Werk noch nicht erschienen ist und sein Urheber kein Amerikaner ist, oder bei Herstellern eines noch gar nicht oder in einem Verbandsland noch nicht erschienen Films mit gewöhnlichem Aufenthalt oder Sitz außerhalb der USA. Der Anwendungsbereich des RBÜ ist somit vornehmlich der Schutz von Werken ausländischer Urheber sowie der Schutz von Werken mit einem ausländischen Ursprungsland.[392]

Das ASA erfasst nicht alle europäischen Urheber und Rechtsinhaber mit einem Copyright Interest in den USA.[393] Es sind nur diejenigen erfasst, die ihr Urheberrecht in den USA beim Copyright Office angemeldet hatten. Es wäre daher ein geradezu groteskes Ergebnis, wenn die Anwendbarkeit auf nach dem ASA explizit ausgeschlossene Urheber und Rechtsinhaber damit begründet würde, dass das RBÜ Inländergleichbehandlung verlange.[394] Die entschiedene Intervention der französischen und der deutschen Regierung, um kontinentaleuropäische Urheber und Rechtsinhaber aus dem Anwendungsbereich des ASA auszuklammern, wäre

[389] Die USA sind seit 1989 Verbandsland; *Nordemann/Vinck/Hertin*, S. 78.
[390] *Riesenhuber*, ZUM 2003, 333, 334.
[391] *Riesenhuber*, ZUM 2003, 333, 335; Art. 36 RBÜ; *Greenberg*, 59 UCLA Law Review 1028, 1043 (Fn 71) (2012).
[392] *Katzenberger*, GRUR Int. 1995, 447, 454.
[393] a.A. Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 120 UrhG, Rn 178.
[394] a.A. wohl Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 120 UrhG, Rn 178; *Adolphsen/Mutz*, GRUR Int. 2009, 789, 798.

dann ein unmögliches Ziel gewesen. Eine solche Argumentation wurde im Übrigen auch vom District Court nicht erwogen.[395] Diejenigen allerdings, die ihr Urheberrecht einstmals in den USA angemeldet hatten, wären vom ASA erfasst worden. Für sie und die vom ASA ausdrücklich erfassten Rechtsinhaber[396], deren Ursprungsland Kanada, Australien oder UK ist, stellt sich die Frage, ob ein Verstoß gegen RBÜ, TRIPS und WCT vorliegt.

ii. Formalität für den Genuss

Art. 5 Abs. 1 RBÜ verbietet die Anknüpfung von Genuss und Ausübung des Urheberrechts an Formalitäten. Formalität ist all jenes, dem entsprochen werden muss, damit die Rechte des Urhebers entstehen.[397] Jegliche formelle und materielle Voraussetzungen der Rechtsentstehung sind dabei erfasst.[398] Der Begriff der Ausübung kam 1908 nachträglich mit der Berliner Fassung in das RBÜ und betrifft die Durchsetzung des Urheberrechts.[399] Aus der Entstehung und der Einführung des Begriffs der Ausübung ergibt sich der Rückschluss, dass sich der Begriff des Genusses auf die Rechtsentstehung richtet.

Die Begründung für einen Verstoß gegen das Formalitätenverbot liegt darin, dass das in den USA bestehende Urheberrecht konventionsgeschützter Rechtsinhaber davon abhängig gemacht würde, dass innerhalb bestimmter Form und Frist von dem Opt-Out-Recht Gebrauch gemacht würde.[400] Getragen ist die Argumentation für einen Verstoß von der Überlegung, dass das Urheberrecht erst durch die Ausübung des Opt-Outs entsteht.[401] Ein Verstoß gegen das Formalitätenverbot wird im Zusammenhang mit dem Begriff des Genusses aus Art. 5 Abs. 2 RBÜ begründet.

Im Rahmen der gegenwärtigen Gesetzeslage in den USA für die hier einschlägige Fragestellung des ASA geht diese Grundannahme fehl. Denn bereits 17 U.S.C. § 201(a) lautet:

> *Copyright in a work protected under this title vests initially in the author or the author of the work.*

---

[395] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Mar. 22, 2011), S. 41.

[396] Vgl. Abschnitt B.III.1.b; das Ursprungsland kann hier in Kanada, UK und Australien liegen. In der Praxis wird aufgrund desselben Sprachraums von gleichzeitiger Veröffentlichung auszugehen sein. Dann kommt es auf das Land mit der kürzesten Schutzfrist an. Dies ist dann Kanada, da dort eine Schutzfrist von nur 50 Jahren p. m. a. besteht. Damit liegt auch hier ein Anwendungsfall für das RBÜ vor, Sec. 6 Canadian Copyright Act (2010).

[397] *Ricketson & Ginsburg*, § 6.102, S. 324.

[398] *Ricketson & Ginsburg*, § 6.102, S. 323.

[399] *Ricketson & Ginsburg*, § 6.104, S. 325.

[400] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 120 UrhG, Rn 178.

[401] *Möller*, S. 213.

Auch das Registrieren des Urheberrechts als Entstehungs- oder Schutzvoraussetzung beim Copyright Office ist in den USA seit Beitritt zum RBÜ nicht mehr nötig.[402] Die Annahme, dass erst durch die Ausübung eines Opt-Out-Rechts nach dem ASA bzw. FRCP dem Urheber das Urheberrecht zuteilwird, ist nicht zutreffend. Dies würde nämlich voraussetzen, dass das ASA diese gesetzliche Regelung von vornherein verdrängt und Google die Nutzung gestattet. Dies ist aber nicht der Fall, denn wie sich bereits an diversen Stellen des ASA zeigt, geht es ganz eindeutig in seiner Grundannahme davon aus, dass Google Rechte eingeräumt werden müssen bzw. die Handlungen durch das ASA legalisiert werden müssen.[403] Schließlich wäre auch die Klage ohne bestehendes Urheberrecht bereits unschlüssig.

Im Ergebnis folgt aus dem Opt-Out des FRCP kein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 RBÜ, soweit es den Genuss des Urheberrechts betrifft.[404] Es führt daher nicht dazu, dass das Urheberrecht in seiner Entstehung an irgendwelche Formalitäten gebunden wird.[405]

iii. Formalität für die Ausübung

Entscheidend ist, was unter „Ausübung" gem. Art. 5 Abs. 2 RBÜ genau zu verstehen ist. Diese Frage hat die Literatur bereits vielfach in Zusammenhang mit der Einführung und der Rückkehr des Urheberrechts zu Formalitäten und weiteren grundlegenden Neugestaltungen im Internetzeitalter beschäftigt.[406] Der Begriff der Ausübung umfasst nach h. L. zumindest die Durchsetzung der Rechte.[407] Gemeint ist vor allem die Durchsetzung und die Entschädigung für Urheberrechtsverletzungen.[408] *Ricketson/Ginsburg* halten solche Formalitäten für angemessen, die die Ausübung unabhängig von der Inhaberschaft beschränken. Regelungen wie ein Schriftformerfordernis für die Rechtsübertragung durch den Urheber können zulässig sein. Damit würde der Urheber geschützt und ihm keine Hürde

[402] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 2, Rn 1, 245; das US-Urheberrecht setzte im Copyright Act von 1909 die Formalien „notice, registration, deposit, and renewal" voraus. Die ursprüngliche Berner Konvention von 1886 ließ Derartiges noch zu. Aufgrund der zunehmenden Verbreitung des „droit moral" wurde dies in der RBÜ 1908 geändert; vgl. *Greenberg*, 59 UCLA Law Review 1028, 1042 (2012).

[403] Vgl. Abschnitt B.III.2.a.

[404] a.A. *Möller*, S. 213 allgemein für Opt-Out.

[405] a.A. *Möller*, S. 212 f.

[406] *van Gompel*, 28 Berkeley Technology Law Journal 1425, 1434 (Fn 30 m. w. N.) (2013); *van Gompel*, S. 291; *Peukert*, 28 Hastings Communications & Entertainment Law Journal 1, 40 (2005); *Sprigman*, 57 Stanford Law Review 485 (2004).

[407] *Ricketson & Ginsburg*, § 6.104, S. 325; *van Gompel*, S. 202; *Peukert*, 28 Hastings Communications & Entertainment Law Journal 1, 40 (2005).

[408] *Ricketson & Ginsburg*, § 6.105, S. 326; *Peukert*, 28 Hastings Communications & Entertainment Law Journal 1, 40 (2005).

aufgebaut, Ansprüche gegenüber der Allgemeinheit durchzusetzen.[409] *Van Gompel* grenzt die Durchsetzung des Rechts als sogenannten „external factor" von der inhaltlichen Ausgestaltung des Rechts ab.[410] Formalitäten, die den Umfang des Rechts oder zu ergreifende Rechtsmittel zum Schutz des Rechts betreffen, seien zulässig.[411] Einigkeit besteht also insoweit, dass rein prozessrechtliche Formalitäten nicht von Art. 5 Abs. 2 RBÜ erfasst sind.[412] Unzulässig hingegen wäre es, die Möglichkeit, gegen die Verletzung des Urheberrechts zu klagen, von einer Registrierung des Rechts abhängig zu machen, denn dies zu verhindern war gerade Sinn und Zweck der Einführung der Wortes „Ausübung" mit der Änderung des RBÜ durch die Revision von Berlin.[413] Nicht jedoch erfasst Art. 5 Abs. 2 RBÜ jegliche prozessrechtliche Verpflichtungen, die für jegliche Sachverhalte gleichermaßen gelten und nicht allein das Urheberrecht betreffen.[414] Eine Formalität im Sinne des RBÜ muss urheberrechtsspezifisch ausgestaltet sein.[415] Wäre dies anders, wären jegliche prozessualen Anforderungen als Formalitäten im Sinne des Art. 5 Abs. 2 RBÜ zu sehen.[416]

Der Opt-Out-Modus aus dem FRCP stellt grundsätzlich eine prozessrechtliche Vorschrift dar, die generell und nicht lediglich für Urheberrechtssachverhalte Anwendung findet. Demnach dürfte es sich bei dem Opt-Out-Mechanismus nicht um eine Formalität im Sinne des RBÜ handeln. Dies ist problematisch, weil es zu einer Verkürzung dessen führt, was das RBÜ im Sinn hat, nämlich Urheberrechtsbeschränkungen zu beseitigen. Die RBÜ würde also von dem FRCP ausgehöhlt, weil sie generell und nicht nur für das Urheberrecht gilt. Auf diesem Wege könnte das RBÜ stets durch das FRCP unterlaufen werden. Die Auslegung im Hinblick auf urheberrechtsspezifische Regelungen muss daher ihrerseits konkretisiert werden. Dies zeigt sich an den in der Literatur genannten Beispielen zulässiger prozessualer Regelungen, wie der Zahlung von Prozesskosten oder Beweispflich-

[409] *Ricketson & Ginsburg*, § 6.105, S. 327.

[410] Vgl. *Senftleben*, 1 Berkeley Technology Law Commentaries 1, 15 (2014).

[411] *van Gompel*, S. 212.

[412] *Ricketson & Ginsburg*, § 6.105, S. 326; *Senftleben*, S. 201; *van Gompel*, 28 Berkeley Technology Law Journal 1425, 1454 (2013); *Nordemann/Vinck/Hertin*, S. 78 für die Sicherheitsleistung nach ZPO.

[413] *Ginsburg*, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 311, 315 (2010); *van Gompel,* 28 Berkeley Technology Law Journal 1425, 1454 (2013).

[414] *Ginsburg*, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 311, 315 (2010); *Ginsburg*, 28 Berkeley Technology Law Journal (im Erscheinen 2014).

[415] Ginsburg, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 311, 315 (2010), mit Verweis auf U.S. Adherence to the Berne Convention: Hearings Before the Subcomm. on Patents, Copyrights, and Trademarks of the Senate Comm. on the Judiciary, 99th Cong. 72 (1987) (Stellungnahme von Donald C. Curran, the Assoc. Librarian of Congress and Acting Register of Copyrights, Copyright Office).

[416] *Ginsburg*, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 311, 315 (2010); *Peukert*, 28 Hastings Communications & Entertainment Law Journal 1, 45 (2005).

ten.[417] Diese haben gemeinsam, dass sie per se überhaupt keine urheberrechtsspezifische Wirkung zeitigen. Außerdem sind sie regelmäßig nur im Zusammenhang mit einem bestimmten nationalen Rechtsstreit anwendbar, sodass sie den Genuss und die Ausübung des internationalen Urheberrechts als solches nicht berühren.[418] Nationale prozessuale Vorschriften entfalten danach keine abstrakt-generelle Normwirkung für das Urheberrecht insgesamt. Sie können höchstens von indirekter Wirkung auf das Urheberrecht sein. Werden beispielsweise Gerichtsgebühren nicht bezahlt, führt die Klage nicht zum Erfolg, selbst wenn die Klage begründet ist. Damit wird aber das Urheberrecht nicht von der Norm berührt, sondern nur deshalb, weil der Kläger durchaus die Möglichkeit hätte, die Gebühren zu zahlen. Dann aber ist die Wirkung auf das Urheberrecht indirekt. Anders wäre es, wenn die Gerichtsgebühr für Urheberrechtstreitigkeit aufgrund deren Komplexität außergewöhnlich hoch wäre.[419]

Die kritische Frage ist daher, ob die doch eher pauschale Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Ausübung, es sei generell nicht auf prozessrechtliche Vorschriften anwendbar, haltbar ist. Vielmehr muss danach differenziert werden, welche Wirkungen die prozessuale Norm zeitigt, was sich im Übrigen auch für materielle Normen andenken lässt. Kommen einer prozessrechtlichen Norm urheberrechtsspezifische Wirkungen zu, kann nicht die Rede davon sein, dass sie die Ausübung des internationalen Urheberrechts nicht tangiere. Vielmehr ist im Einzelfall genau zu prüfen, ob die jeweilige Norm bestimmte Wirkungen entfaltet, die mit der Zielrichtung des Formalitätenverbots nicht übereinstimmen. Dies ist es, worauf es bei Art. 5 Abs. 2 RBÜ ankommt. Dabei verschleiert das Beispiel hoher prozessualer Gebühren für das Urheberrecht, dass es nicht nur solche (prozessuale) Normen gibt, die direkt auf das Urheberrecht zielen, sondern auch solche, die mittelbar einwirken. Die Rechtsfolge der jeweiligen Norm muss in ihrer Wirkung für das Urheberrecht betrachtet werden, ohne dabei zu fordern, dass die Norm auch speziell urheberrechtliche Wirkungen zu zeitigen beabsichtigt. Anderenfalls könnte der Schutz mit abstrakt-genereller (Norm-)Wirkung ausgehebelt werden.

Dem ist entgegenzutreten. Ginge man allein von der Zielsetzung aus, würde so gut wie jede nicht im Urheberrecht selbst angesiedelte Norm ausscheiden. Insofern ist dieser Ansatz zu verwerfen, wenngleich er für viele, die gerne neue Formalitäten für das Urheberrecht einführen wollen, möglicherweise eine praktikable Lösung wäre.[420]

---

417 *Ginsburg*, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 311, 315 (2010).

418 *van Gompel*, S. 202.

419 In diesem Sinne auch *Ricketson & Ginsburg*, § 6.104, S. 326.

420 Für die Vorzüge von Formalitäten streiten u. a. *Lessig*, S. 373; *Sprigman*, 57 Stanford Law Review 485 (2004); *Ginsburg*, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 311 (2010); *Greenberg*, 59 UCLA Law Review 1028 (2012); *van Gompel*, 28 Berkeley Technology Law Journal 1425 (2013); *Senftleben*, 1 Berkeley Technology Law Journal Commentaries 1 (2014); *Ginsburg*, 28 Berkeley Technology Law Journal 6 (im Erscheinen 2014); *Spindler*, NJW 2014, 2550, 2551.

Vielmehr sollte es darauf ankommen, ob die Norm urheberrechtspezifische Wirkungen zeitigt. Denn so kann der Schutzzweck des Art. 5 Abs. 2 RBÜ angemessen verfolgt werden. Dieser Schutzzweck lässt sich auf die Konzeption der RBÜ zurückführen: Unzweifelhaft liegt dem RBÜ als Grundnorm das kontinentaleuropäische Verständnis des Urheberrechts mit seinem naturrechtlichen Einschlag zu Grunde, was sich spätestens mit Einfügung von Art. 6bis RBÜ mit dem Rom-Abkommen manifestiert hat.[421] Eine Bindung des Rechts an Formalitäten ist insofern kaum denkbar, betrifft doch jede Ausübung stets auch in gewissem Maße das Urheberpersönlichkeitsrecht. Ließe man in die Frage der Formalitäten dagegen utilitaristische Begründungen einfließen und gäbe diesen Vorrang, würde man letztlich eine Abwägungsentscheidung treffen müssen, nämlich diejenige, ob die Formalität noch eine ausreichende Balance zwischen Anreizen für den Monopolrechtsinhabers und den Allgemeininteressen wahrt. Dieser Ansatz ist zwar verlockend, entspricht aber der RBÜ nicht.[422] Die RBÜ versucht gerade mit dem Formalitätenverbot ein einheitliches Schutzniveau herzustellen.[423] Denn für Ausländer ist die Einhaltung von Formalitäten in der Regel schwieriger als für Inländer. Dies mag sich im Zeitalter des Internets ändern oder geändert haben, dennoch kann die RBÜ davon noch nicht ausgehen. Schließlich zeigt auch Art. 10bis Abs. 1 S. 1 RBÜ eine Abweichung vom Formalitätenverbot, denn dieser führt zu einer Einschränkung des exklusiven Rechts, wenn der Urheber sich die Rechte nicht mittels Vermerk ausdrücklich vorbehält. Diese Bestimmung ist nur deshalb zulässig, weil sie in die RBÜ als Lex specialis zu Art. 5 Abs. 2 RBÜ Eingang gefunden hat.[424]

Für den Opt-Out-Mechanismus des FRCP bedeutet dies konkret die Unvereinbarkeit mit Art. 5 Abs. 2 RBÜ, denn verlangt ist eine Reaktion des Urhebers mit weitreichenden Wirkungen, die die Ausübung des Rechts massiv einschränken. Mit dem Opt-Out wird nämlich die weitere Durchsetzung des Rechts an die Erklärung geknüpft. Anderenfalls gilt das weitreichende Claim Release des ASA. Der FRCP baut somit im Zusammenhang mit dem ASA eine formale Hürde auf, die gegen Art. 5 Abs. 2 RBÜ verstößt.[425]

Für die im ASA selbst befindlichen Back-End Opt-Out Rights stellt sich die Frage ebenfalls, denn auch diese beinhalten einen Formalismus in Bezug auf die Nutzung des Rechts. Allerdings erübrigt sich diese Diskussion: Sie entfalten nur deshalb Wirkung, weil das FRCP ihre Wirkung erst ermöglicht, da der im FRCP

---

[421] *Ricketson & Ginsburg*, § 10.01 f., S. 585 f.; *Sprigman*, 57 Stanford Law Review 485, 543 (2004).

[422] a.A. *Sprigman*, 57 Stanford Law Review 485, 543 (2004).

[423] *Sprigman*, 57 Stanford Law Review 385, 545 (2004), schlägt deshalb eine Änderung von Art. 5 Abs. 2 RBÜ mit der Möglichkeit der Einführung von Formalitäten im Rahmen gewisser Standards vor.

[424] *Peukert*, 28 Hastings Communication & Entertainment Law Journal 1, 46 (2005); *Ricketson & Ginsburg*, § 6.106, S. 327.

[425] a.A. wohl *Ginsburg*, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 311, 315 (2010).

gegebenen unzulässigen Opt-Out-Möglichkeit nicht nachgekommen wurde. Ihre Wirkung setzt daher unter dem vorgefundenen Ergebnis bereits einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 RBÜ voraus.

iv. Verhältnis von Art. 9 Abs. 2 RBÜ zu Art. 5 Abs. 2 RBÜ

Unklar ist, wie sich das Formalitätenverbot zum Drei-Stufen-Test nach Art. 9 Abs. 2 RBÜ bzw. Art. 13 TRIPS und Art. 10 WCT verhält. Der Drei-Stufen-Test aus Art. 9 Abs. 2 RBÜ lässt Beschränkungen der durch das RBÜ garantierten Rechte zu, wenn seine Voraussetzungen vorliegen. Art. 5 Abs. 2 RBÜ hingegen verbietet, dass der Genuss und die Ausübung der Rechte an Formalitäten geknüpft werden. Für das Opt-Out ist diese Frage virulent, wenn man davon ausgeht, dass es als Formalität zugleich eine Einschränkung im Anwendungsbereich des Drei-Stufen-Tests darstellt.

Einer Ansicht nach besteht die Möglichkeit, dass Mitgliedsländer die Einführung einer Beschränkung mit einem Opt-Out-Recht des Rechtsinhabers verbinden, wenn ihre Einführung auch ohne Opt-Out-Recht möglich wäre, also dem Drei-Stufen-Test nach Art. 9 Abs. 2 RBÜ entspräche.[426] Denn in diesem Fall sei das Opt-Out-Recht für die Rechtsinhaber gegenüber einer Beschränkung ohne Opt-Out-Recht sogar begünstigend. Diese These rechtfertigt einen potentiellen Verstoß gegen das Formalitätenverbot damit, dass die Einschränkung mit dem Drei-Stufen-Test vereinbar sei.

Eine weitere Ansicht geht vom Schutzzweck des Drei-Stufen-Tests und des Formalitätenverbots aus und kommt zu dem Ergebnis, dass nur ein über den vom Drei-Stufen-Test abgesicherten Mindestschutz hinausgehendes Recht mit Formalitäten belegt werden könne, sowie Formalitäten zugunsten des Urhebers im Rahmen des Drei-Stufen-Tests keine Berücksichtigung finden dürften.[427]

Beide Ansichten drücken unterschiedlich gekleidet dasselbe aus: Ginge man nach ihnen vor, müsste man für das ASA zunächst prüfen, ob seine Einschränkungen mit dem Drei-Stufen-Test übereinstimmen. Der Drei-Stufen-Test würde so zur inzidenten Voraussetzung für das Formalitätenverbot.

Sodann stellt sich freilich die Frage, ob man das Opt-Out zur Rechtfertigung im Rahmen des Drei-Stufen-Tests heranziehen kann. Hier unterschieden sich beide Ansichten. Während erstgenannte Ansicht auch dies zulassen will, lehnt die zweite dies ab.[428] Zutreffend ist Letzteres: Bei einer solchen Prüfung steht noch gar nicht fest, ob es sich um eine verbotene Formalität handelt, sondern dies wird gerade erst geprüft. Man würde anderenfalls das Formalitätenverbot mit einer Formalität rechtfertigen.

[426] *van Gompel*, S. 211; *Senftleben*, 1 Berkeley Technology Law Commentaries 1, 15 (2014).
[427] *Möller*, S. 213.
[428] *van Gompel*, S. 211; *Möller*, S. 213.

Kommt es zum positiven Ausgang des Drei-Stufen-Tests, besteht nach der ersten Ansicht kein Verstoß gegen das Formalitätenverbot. Die Formalität würde so mit einer Schranke gleichgesetzt. Dann hätte es aber keines Formalitätenverbots bedurft. Ein Formalitätenverbot neben dem Drei-Stufen-Test wäre inhaltsleer. Es wäre kaum zu erklären, dass das Formalitätenverbot anfänglich nur solche Formalitäten im Auge gehabt hat, die den Schutzbereich über den Mindestschutz hinaus erweitern.[429] Ferner erstreckt sich das Formalitätenverbot auf alle Rechte, die RBÜ bzw. TRIPS und WCT ohne – wenn auch zulässige – Einschränkung sichern. Dafür streitet schon der Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 RBÜ, der von „diese[n] Rechte[n]“ spricht und damit auf Art. 5 Abs. 1 RBÜ rekurriert. Das Formalitätenverbot findet auf alle Rechte Anwendung, die das RBÜ enthält, und nicht auf das, was Art. 9 Abs. 2 RBÜ davon übrig lässt. Hinzu kommt, dass durch den Grundsatz der Inländergleichbehandlung (Art. 5 Abs. 1 RBÜ) alle Rechte erfasst sind, die die Verbandsländer an nach dem RBÜ zu schützenden Werken einräumen.[430] Das Formalitätenverbot umfasst also alle Rechte, die die RBÜ schützt, unabhängig von der Möglichkeit ihrer Einschränkung durch den Drei-Stufen-Test. Darüber hinaus gelten für TRIPS dieselben und für den WCT aufgrund dessen Art. 3 noch weitere Rechte.[431] Die hier kritische Frage, ob ein Opt-Out-Mechanismus gegen Art. 5 Abs. 2 RBÜ verstößt, ist sonach allein im Rahmen der Auslegung des Art. 5 Abs. 2 RBÜ selbst zu beantworten und nicht mit dem Drei-Stufen-Test zu vermischen.

Trifft Urheberrecht im Rahmen des RBÜ auf Formalitäten des Prozessrechts, schlägt die Grundnorm „droit moral“ des RBÜ auch auf das Prozessrecht durch.[432] Eine andere Auslegung wäre möglich, wenn eine schlichte Abkehr der RBÜ vom „droit moral“ erkennbar würde. Dann ließe sich argumentieren, dass der Schutzzweck eines Formalitätenverbots im Schutz des unaufmerksamen Urhebers läge, was mit den hohen Anforderungen an die Benachrichtigung des FRCP auch im Hinblick auf die Opt-Out-Möglichkeit durchaus diskutabel wäre.[433] Eine solche Abkehr der RBÜ ist nicht erkennbar.

v. Rechtsfolge des Verstoßes

Aus dem Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 RBÜ folgt grundsätzlich die Unanwendbarkeit der verstoßenden Normen auf die von der RBÜ erfassten Urheber, soweit

[429] *Peukert*, 28 Hastings Communications & Entertainment Law Journal 1, 43 (2005).

[430] *van Gompel*, S. 165.

[431] *van Gompel*, S. 166.

[432] *Ginsburg*, Columbia Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Group, Paper Number 10-225 (2010), S. 8: „Hence, a natural property right's conception of copyright should in theory eschew formalities.”

[433] *Ginsburg*, Columbia Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Group, Paper Number 10-225 (2010), S. 11.

eine konventionskonforme Auslegung nicht möglich ist.[434] Dies folgt daraus, dass das Konventionsrecht der RBÜ mit dem Zustimmungsgesetz den Rang eines einfachen Gesetzes erhält.[435] In seinem Anwendungsbereich geht das RBÜ dann aufgrund von Spezialität vor.[436] Die dem FRCP entspringende Wirkung des Settlements ist verdrängt.

7. *Ergebnis*

Das Google Book Settlement bzw. das ASA findet seine Grenze im höherrangigen Recht. Das ASA scheitert letztlich daran, dass seine Regelungen zu weit gehen. Zum einen nimmt es Gegenstände auf, die nicht Teil des Prozesses waren, zum anderen hätte das ASA durch seinen aufgrund des Class-Action-Mechanismus weiten Anwendungsbereich Auswirkungen, die das Urheberrechtssystem in Teilen von einem Opt-In- zu einem Opt-Out-System verschoben hätten. Das Gericht stellt klar, dass das ASA über die Grenzen der Möglichkeiten der Regelungen eines Class Action Settlements hinausgeht, und zweitens eine Erschütterung urheberrechtlicher Grundfesten mittels Res-iudicata-Effekt nicht möglich sein soll. Die Interessenabwägung fällt damit unter rein technischen wie fundamental rechtspolitischen Überlegungen zugunsten des Urheberrechts in seinem allgemein anerkannten Bestand aus. Eine Verschiebung von Opt-In zu Opt-Out ist nur durch die Legislative möglich. Der Eingriff durch das ASA ist als hoch einzustufen, wenngleich ein Opt-Out-System im Hinblick auf die amerikanische Eigentumskonzeption wohl grundsätzlich möglich wäre. Dagegen konfligieren die Regelungen des ASA mit dem Formalitätenverbot des Konventionsrechts.

VI. Profiteure

Für die Einschätzung, wer letztlich vom ASA profitiert hätte, ist zunächst festzuhalten, dass das ASA allein zwischen zwei von drei relevanten Akteuren vereinbart wurde. Das ASA wurde zwischen Google und einem Urheber- und Verlegerverband verhandelt. In der folgenden Darstellung sollen die möglichen Profiteure deshalb anhand der im ASA verwendeten Terminologie Rightsholders bzw. Rechtsinhaber in die Gruppe der Urheber und in die Gruppe der Verwerter aufgespalten werden. Obwohl Google selbst Verwerter ist, wird das Unternehmen selbständig behandelt, denn es steht den übrigen Verwertern auf der anderen Seite gegenüber.

---

[434] *Riesenhuber*, ZUM 2003, 333, 339.

[435] Dreier/Schulze/*Dreier,* Vor § 120 UrhG, Rn 24; *Riesenuber*, ZUM 2003, 333, 228; *Ricketson & Ginsburg*, § 6.92, S. 312.

[436] *Riesenhuber*, ZUM 2003, 333, 339; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, Vor §§ 120 ff. UrhG, Rn 118; i. Erg. wohl auch Dreier/Schulze/*Dreier*, Vor § 120 UrhG, Rn 24.

In der folgenden Analyse bleibt eine Auseinandersetzung mit Fragen kartellrechtlicher Natur außer Betracht. Es geht allein um die urheberrechtliche Perspektive. Die Frage nach freiem Wettbewerb ist daher, anders als der Zugang zu und die Nutzungsmöglichkeiten von Urheberrechten und der Zugang zur Information sowie deren Entlohnung, nicht Gegenstand der Untersuchung.

1. *Allgemeinheit*

Die Allgemeinheit war in diesen Prozess nicht direkt, sondern höchstens über öffentlichen Druck, kreiert über die Presse, vertreten. Ausdruck dessen ist der Ruf von Richter *Chin* nach der Legislative, die in Vertretung dieser nicht repräsentierten Allgemeinheit steht – oder zumindest für einen Teil, soweit es nicht Ausländer betrifft.

Pauschal betrachtet hätte das ASA ermöglicht, dass Google seinen Buchsuchdienst weiterbetreiben kann. Dieser bietet der an das Internet angeschlossenen Allgemeinheit einen hervorragenden Mehrwert, indem Bücher ganz oder in Teilen eingesehen werden können, ohne dass ein Gang in die Bibliothek oder Buchhandlung nötig wird. Es ist demnach für die Allgemeinheit durchaus wünschenswert, dass das ASA und Google dem Ziel einer Bibliothek von Alexandria 2.0 nacheifern und mit einem enormen Kostenaufwand Millionen Bücher weltweit einscannen und einer breiten Öffentlichkeit zu Verfügung stellen. Gerade im Bereich der Wissenschaft bieten die von Google bereitgestellten Nutzungsmöglichkeiten eine enorme Erleichterung, denn Wissenschaftler erhalten nicht nur die Möglichkeit, ihren Suchaufwand nach Informationen zu minimieren, sondern können mit der Plattform zugleich eigenes Wissen veröffentlichen. Der Verbreitungsgrad wissenschaftlicher Arbeiten kann mit Google Books gesteigert werden.

Positiv hätte sich die Implementierung der Registry und der mit ihr verknüpften Unclaimed Works Fiduciary ausgewirkt. Denn damit wäre das Problem der verwaisten Werke aktiv angegriffen worden und man hätte Mechanismen zu deren Verbreitung gefunden, die obendrein im Vergleich zu allen anderen Möglichkeiten geringe Transaktionskosten aufgewiesen hätten.[437] Schließlich hätte die Registry auch noch den Vorteil geboten, dass aufgrund der mit ihr etablierten Datenbank weniger Werke verwaist wären.[438] Dies wäre natürlich der Allgemeinheit zugutegekommen, da man diese so einfacher hätte nutzbar machen können, weil Informationsdefizite weggefallen wären.

[437] *Müller-Langer/Scheufen*, 8(1) Review of Economic Research on Copyright Issues 7, 25 (2011).
[438] §§ 6.1(c), 6.3(a)(i) ASA; *Müller-Langer/Scheufen*, 8(1) Review of Economic Research on Copyright Issues 7, 25 (2011).

2. *Verlage und Urheber*

a. Verlage

Die Diskussion um das ASA hat eine angstgetriebene Seite gezeigt. Diese äußert sich darin, dass von einer Wissensaggregation oder auch Monopolisierung bei Google ausgegangen wird, und dürfte vor allem den wirtschaftlichen Interessen anderer Verwerter zugeordnet werden. Gerade vor dem Hintergrund kostengünstiger Publikation über Google zeigt sich hierin die Furcht, selbst Marktanteile im Buchmarkt zu verlieren. Im Wissenschaftsbereich dürfte dies besonders gelten, da dort die Bereitschaft der Autoren, ihre Werke unkommerziell zu verbreiten, besonders hoch sein dürfte. Allerdings ist diese Argumentation für die Konstruktion des ASA im Hinblick auf die zu erschaffende Registry nicht gänzlich von der Hand zu weisen. Denn mit der Registry wird eine neue Verwertungsgesellschaft kreiert. Diese untersteht keinerlei staatlicher Kontrolle oder Aufsicht und ist vor allem darauf ausgerichtet, das Verhältnis von Google und den Rechtsinhabern, nicht aber der Rechtsinhaber und allen anderen potentiellen Rechteverwertern zu regeln. Die Registry ist also vornehmlich darauf gerichtet, Lizenzen an Google und nicht an Dritte zu vergeben.[439] Die Verlage saßen mit am Verhandlungstisch und haben ihre Interessen daher ausreichend vertreten können. Prima facie dürften sie sich nicht als Verlierer des ASA sehen. Dabei ist vor allem zu bedenken, dass für die Verleger das Fair-Use-Argument dazu geführt hätte, dass ihnen jegliche Kontrolle über die von ihnen verlegten Werke abhandengekommen wäre. Mit dem Aufbau der Registry hätten sie ihre Interessen weiter vertreten können und wären von Google auch noch für die Nutzung der Bücher zu Suchzwecken entschädigt worden. Hinzu kommt, dass die Verlage mit dem Abschluss des ASA eine Art Modellvorlage für alle weiteren gleichartigen Geschäftsmodelle erreicht hätten. Würde beispielsweise Amazon oder Microsoft ein ähnliches Programm starten, würden von diesen sicherlich keine geringeren Lizenzzahlungen verlangt werden als von Google. Die Verlage hätten damit eine besondere Sicherheit in Bezug auf Lizenzzahlungen erhalten.

Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten haben bereits diverse Verlage das Google-Partnerprogramm in Anspruch genommen. Daran zeigt sich, dass der Marketingeffekt, den Google Books mit sich bringt, Vorteile hat.[440] Für die Verlage hat Google einen neuen Vertriebsweg eingeführt. Die mangelnde Innovationsfähigkeit und -kraft, eine derartige Plattform selbst aufzusetzen, bezahlen die Verlage jetzt damit, dass sie ihre Erlöse mit Google teilen müssen.

---

439 § 3.8(a) ASA; *Grimmelmann*, NYLS Legal Studies Research Paper No. 08/09 #32 (2009), S. 11.
440 *Müller-Langer/Scheufen*, 8(1) Review of Economic Research on Copyright Issues 7, 24 (2011).

b. Urheber

Für die Urheber hätte das ASA vor allem Rechtssicherheit in Bezug auf die Nutzung ihrer Bücher geschaffen. Mit dem Abschluss hätten sie sich zurücklehnen und den Fluss ihrer Tantiemen über die Registry genießen können. Eine Rechtsbeschränkung und Alles-oder-nichts-Lösung, wie durch eine mögliche Fair-Use-Entscheidung durch das Gericht, stand ihnen mit dem ASA nicht bevor. Zudem hätte ihnen das ASA eine ganze Reihe von Möglichkeiten gebracht, ihre Rechte innerhalb des ASA zu gestalten. Dies hätte durch die Back-End Opt-Out Rights sowie die weiteren Gestaltungsmöglichkeiten zum Display Use usw. geschehen können. Gerade bei wirtschaftlich motivierten Autoren hätte das ASA einen neuen Vertriebsweg über die Google-Books-Seite geschaffen, da die Möglichkeit geboten wird, ein E-Book des jeweiligen Buches zu erwerben. Der Absatz der Bücher hätte sich daher unter dem ASA verbessert.[441] Dies gilt im Übrigen besonders für Bücher mit Nischenthemen, da die Suchfunktion von Google es Nutzern ermöglicht, diese ohne irgendwelche Vorkenntnisse zu finden, was gerade in diesem Bereich einen besonderen Vorteil darstellt.[442] Es konnte sogar gezeigt werden, dass eine „look inside"-Funktion eine Steigerung des Buchabsatzes um ganze 15 % zur Folge gehabt hätte.[443] Für Orphan Works wäre ein völlig neuer Markt entstanden. Waren diese bisher nicht mehr wirtschaftlich verwertbar, hätte das ASA diesen zur erneuten Kommerzialisierung verholfen. Den Urhebern dieser Werke wäre die Möglichkeit geblieben, die Rechte wieder sich selbst zuzuordnen. Käme es nicht dazu, würden die Gelder an die übrigen Urheber abgeführt.[444] Dies hätte einen Windfall-Profit für diese Urheber dargestellt.

c. Verlage und Urheber

Von Interesse ist für sowohl für die Verlage als auch für die Urheber ihre Repräsentanz in der Registry. Das ASA sieht dazu die Steuerung der Registry durch Vertreter beider Seiten vor.[445] Die Interessenvertretung der Urheber, also die Authors Guild und die Association of American Publishers, hätten sich damit größtmöglichen Einfluss in Bezug auf die Verwaltung und Vergabe von Rechten gesichert, die weit über ihren Mitgliederstamm hinausgegangen wären.[446] Die Rechte der Registry wären dabei, wie gezeigt, enorm und weitgehend gewesen. Die Registry wäre ein machtvolles Instrument der Verlage und Urheber geworden, um ihre Interessen durchzusetzen. Dabei wäre die Errichtung sogar auf Kosten Googles finanziert worden.

---

[441] *Müller-Langer/Scheufen*, 8(1) Review of Economic Research on Copyright Issues 7, 24 (2011).
[442] *Müller-Langer/Scheufen*, 8(1) Review of Economic Research on Copyright Issues 7, 24 (2011).
[443] *Müller-Langer/Scheufen*, 8(1) Review of Economic Research on Copyright Issues 7, 24 (2011).
[444] Vgl. § 4.7 ASA
[445] § 6.2(b)(1) ASA.
[446] *Bechtold*, IIC 2010, S. 251, 252.

d. Mitbewerber

Bedenklich ist das ASA im Hinblick auf die Mitbewerber von Google, wie z. B. Yahoo, Amazon oder Microsoft. Zunächst einmal hätte das ASA einen unbezifferbar wertvollen Vorteil dadurch erhalten, dass es im Rahmen einer Class Action geschlossen worden wäre. Es wäre faktisch allgemein für alle inländischen Urheber im Verhältnis zu Google zur Anwendung gekommen. Damit hätte Google es sich gespart, mit jedem einzelnen Rechtsinhaber in Verhandlungen zu treten und nach den urheberrechtlichen Erfordnissen des Opt-In einen Lizenzvertrag auszuhandeln.[447] Google konnte vielmehr mit einer Handvoll Interessenvertretern einen breit anwendbaren Deal schnüren. Die Transaktionskosten dafür sind offensichtlich niedriger. Den Mitbewerbern von Google wäre ein solch einfacher Zugang zu Lizenzen aufgrund zweier Erkenntnisse verwehrt geblieben: Erstens war völlig unvorhersehbar, ob es nochmal zu einer Class Action mit den verbundenen Anwaltskosten kommen würde, und zweitens hätte ein solches Settlement doch nur dazu geführt, dass die Gewinne der Verwerter gesunken wären, denn ein zusätzlicher Wettbewerber auf dem Markt hätte sicherlich keine Preisspirale nach oben in Gang setzen können.[448] Hinzu kommt, dass Mitbewerber keine Rechte von der Registry für die Verwertung von Orphan Works bzw. im Terminus des ASA für Unclaimed Works hätten erhalten können. Zwar hätte die Registry auch Google keine Rechte einräumen können, dies wäre aber bereits durch das ASA bzw. dessen Wirkung als Class Action Settlement geschehen.[449] An Dritte hätte die Registry Rechte nur bei ausdrücklicher Erklärung des Rechtsinhabers ihr gegenüber einräumen können.[450] Dies hätte allerdings nicht uneingeschränkt gegolten, da die Registry die Aufgabe erhalten hätte, IS und Consumer Purchase in Bezug auf Out-Of-Print Books anzubieten.[451] Zudem hätte Google gemeinsam mit der Registry die kommerzielle Nutzung des Research Corpus gestatten können, was wohl auf eine derartige Lizenz hinausgelaufen wäre.[452] Insgesamt hätte Google eine beherrschende Stellung eingenommen, die durch das ASA zementiert und von den Wettbewerbern wohl kaum mehr angegriffen worden wäre. Sie wären daher die Verlierer gewesen.

---

[447] *Grimmelmann*, ACS Issue Brief, NYLS Legal Studies Research Paper No. 08/09 #32 (2009), S. 10.

[448] *Grimmelmann*, ACS Issue Brief, NYLS Legal Studies Research Paper No. 08/09 #32 (2009), S. 10.

[449] Missverständlich insoweit *Band*, 34 Columbia Journal of Law & the Arts 671, 680, 694 (2011).

[450] § 2.4 ASA; *Band*, 34 Columbia Journal of Law & the Arts 671, 680, 694 (2011); *ders.*, 9 J. Marshall Review of Intellectual Property Law 227, 294 (2009).

[451] *Band*, 34 Columbia Journal of Law & the Arts 571, 694 (2011); *Picker*, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 462 (2d Series) 2009, S. 21.

[452] § 7.2(d)(viii).

e. Google

Die ganz überwiegende Meinung im Schrifttum geht dahin, dass Google der Profiteur des ASA gewesen wäre.[453] Die Kritik am ASA gründet dabei oft darin, dass das ASA gerade Google bevorteilt und Rechte einräumt. Dies ist dem ASA natürlich in die Wiege gelegt, denn Google hat bei Verhandlungen über das ASA stets das Fair-Use-Argument auf seiner Seite gehabt. Die Angst allerdings ist nicht unbegründet, denn an vielen Stellen lassen sich tatsächlich Beobachtungen machen, die zumindest für eine gute Verhandlungsstrategie von Google sprechen, wenngleich, wie gezeigt, auch die anderen Parteien mit Ausnahme der Wettbewerber nicht leer ausgegangen wären.

Als Erstes ist der Umgang mit Orphan Works zu nennen. Diese finden zwar nicht mit expliziter Nennung Eingang in das Settlement, aber sie sind Teil des Regelungsregimes und damit im Fall, dass möglicherweise auffindbare Rechtsinhaber nicht herausoptieren, von den Standardregeln des ASA erfasst.[454] Es nimmt daher nicht Wunder, dass unter anderem *Grimmelmann* ausführt: „The settlement was engineered specifically to take advantage of their absence, and by using future-conduct releases it was able to achieve something very close to an exclusive license to their books, a license good for Google only."[455] In dieselbe Kerbe stößt Samuelson: „The settlement would, in essence, grant Google a compulsory license because although rightholders could say no, they would have to come forward to do so", sodass sich aus dem ASA eine Zwangslizenz für Google ergebe.[456] Mit dieser erspart sich Google jegliche Transaktionskosten für den Rechtserwerb an diesen Büchern, zumindest soweit es darum geht, diese zu 20 % darzustellen, und für weitere Rechte sogar dann, wenn es sich um Out-Of-Print Rights handelt.[457] Google hätte es also geschafft, mit dem ASA ein Modell zu legalisieren, das ihm die Möglichkeit gegeben hätte, Zugänge zur weltweit größten Bibliothek zu verkaufen und dafür von so vielen Rechtsinhabern eine Lizenz erhalten, wie sie im Rahmen der gegenwärtigen Urheberrechtslage nie zu erhalten gewesen wären.[458] Dies wäre freilich der Rechtswirkung der Class Action geschuldet gewesen und hätte zur Exklusivität der mit dem ASA erworbenen Rechtsposition Googles geführt.

Als zweiter ganz entscheidender Punkt ist der Preisfindungsmechanismus zu sehen. Nach dem ASA wäre es nämlich an Google gewesen, den Algorithmus zur

[453] U. a. *Grimmelmann*, ACS Issue Brief, NYLS Legal Studies Research Paper No. 08/09 #32 (2009), S. 10; *Picker*, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 462 (2009), S. 17, 27; *Band*, 34 Columbia Journal of Law & the Arts 671, 694 (2011).

[454] Vgl. dazu *Samuelson*, 2 Wisconsin Law Review 479, 483 (2011).

[455] *Grimmelmann*, 91 North Carolina Law Review 387, 433 (2012).

[456] Vgl. Abschnitt B.III.2.d; *Samuelson*, 2 Wisconsin Law Review 479, 519 (2011).

[457] Vgl. Abschnitt B.III.2.d; *Samuelson*, 2 Wisconsin Law Review 479, 520 (2011).

[458] *Samuelson*, 94 Minnesota Law Review 1307, 1335 (2010).

Preisbestimmung festzusetzen. Selbstverständlich hat Google es unterlassen, eine genaue Formel in das ASA aufzunehmen, wie dieser ausgesehen hätte. Nur das Grunddesign wäre so auszugestalten gewesen, dass der Gewinn für jeden Rechtsinhaber maximiert worden wäre.[459] Ein Schelm, wer Böses denkt. Ist doch in einer solchen Klausel das Gegenteil von einem Wettbewerb zu sehen, weil die Rechtsinhaber Google schlicht als ihren Agenten einsetzen und Google den Preis für die Allgemeinheit bestimmen hätte können.[460]

Einen weiteren, in der Regel unterschätzten Vorteil hätte Google dadurch erhalten, dass es von der Registry die Möglichkeit bekommen hätte, die Digitalisate technisch, d.h. mittels seiner den Internetsuchmarkt dominierenden Algorithmen, auszuwerten. Damit hätte Google nicht nur die Buchsuche anbieten, sondern die Attraktivität seiner Suchmaschine steigern und deren Marktstellung weiter verfestigen können.[461]

Insgesamt zeigt sich an dem Dargestellten, dass Google durch das ASA in eine Rechtsposition geraten wäre, die man sich zu Beginn des Rechtsstreits wohl nie hätte erträumen können. Google hätte damit nicht nur den Rechtsstreit beigelegt, sondern sich zugleich zum Gatekeeper aller zunächst illegal digitalisierten Bücher gemacht.

3. Ergebnis

Eine grundlegende Ablehnung des ASA unter vertragsparitätischen Gesichtspunkten ist nicht angebracht. Jeder Teilnehmer am Verhandlungstisch hat sich gewisse Positionen sichern können. Für die Allgemeinheit ist die Google Buchsuche ohnehin ein Gewinn. Dass ein Unternehmen wie Google zugleich einen riesigen Wettbewerbsvorteil erhalten hätte, obwohl es ursprünglich rechtswidrig Urheberrechte verletzte, ist zwar paradox, allerdings für die Allgemeinheit zu verkraften. Die Mitbewerber von Google hingegen hätten das Nachsehen gehabt. Ob dies auch nachhaltige Konsequenzen für die Allgemeinheit gehabt hätte, wäre abzuwarten geblieben.

VII. Zusammenfassung

Das im Vorigen beleuchtete Modell entspringt dem Verfahren *Authors Guild v. Google, Inc.*, das geführt wurde, weil Google davon absah, die Zustimmung der Rechtsinhaber von Millionen gescannter Bücher einzuholen. Das Verfahren wurde im Rahmen einer sogenannten Class Action geführt. Ein Vergleich in einer Class Action hat eine Rechtskrafterstreckung auf alle Class Member zu Folge.

---

[459] § 4.2(b) und (c) ASA.

[460] *Picker*, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 462 (2009), S. 17.

[461] Zu den sog. tail queries, d.h. der Suchanfrage von exotischen Themen vgl. *Samuelson*, 2 Wisconsin Law Review, 479, 518 (2011).

Durch die Vielzahl der erfassten Class Member hätte das ASA einen weiten Anwendungsbereich gehabt. Google hätte Nutzungsrechte für diverse Kommerzialisierungsmöglichkeiten erhalten. Mit der Book Rights Registry wäre eine Verwertungsgesellschaft für die Verwaltung der Rechte der Urheber und Verlage und auch verwaister Werke entstanden. Die Registry hätte weitreichende Kompetenzen und Befugnisse erhalten, aber keine Rechte an Dritte lizenzieren können. Mit der Registry wäre die Kollektivierung des Modells erfolgt. Die Regelung zum Opt-Out ergibt sich aus prozessrechtlichen Vorschriften über die Notifizierung der Class Action. Daneben sieht das ASA selbst ein Opt-Out-Recht und Gestaltungsmöglichkeiten vor. Das ASA scheiterte an den Voraussetzung für Class Action Settlements, weil es Gegenstände aufnahm, die nicht Bestandteil des Prozesses waren, und weil es aufgrund des weiten Anwendungsbereichs das amerikanische Urheberrechtsystem in Teilen von einem Opt-In- zu einem Opt-Out-System verschoben hätte. Dies ist nach Ansicht des Gerichts nur durch die Legislative möglich. Die prozessrechtliche Opt-Out-Regelung hätte im Hinblick auf das ASA einen Verstoß gegen das urheberrechtliche Formalitätenverbot aus Art. 5 Abs. 2 RBÜ und damit zugleich gegen RBÜ und WCT dargestellt. Hingegen ist ein Opt-Out-System allein für Inländer im Hinblick auf die amerikanische Eigentumskonzeption grundsätzlich möglich. Profiteure des ASA wären die Allgemeinheit und Google gewesen, während die Mitbewerber die großen Verlierer gewesen wären.

Schließlich ist die Beurteilung dessen angebracht, was das ASA letztlich geschaffen hätte. Zutreffend führen die amerikanischen Wissenschaftler den Vergleich des ASA mit dem Extended Collective Licensing (ECL) an.[462] Diese Form der kollektiven Interessenwahrnehmung wird seit Jahrzehnten in den skandinavischen Ländern[463] praktiziert und zeichnet sich vor allem dadurch aus, dass eine Verwertungsgesellschaft, die eine gewisse Anzahl an Rechtsinhabern repräsentiert, auch Rechtsinhaber vertritt, die keinen Wahrnehmungsvertrag mit ihr geschlossen haben.[464] In Dänemark beispielsweise ist das ECL für digitale Kopien von Bibliotheken verfügbar (§ 16 b DK-UrhG).[465] Der Vorteil eines solchen ECL-Regimes ist die Minimierung von Transaktionskosten in Bezug auf den Erhalt der Lizenz sowie eine Absicherung, dass die Lizenz auch tatsächlich im Umfang ihrer Erteilung besteht. Hindernisse im Sinne des Nachweises einer Chain of Title bestehen nicht, sodass der Nutzer Rechtssicherheit erhält.[466] Die zu zahlenden Lizenzgebühren verteilt die Verwertungsgesellschaft individuell und kollektiv, wobei dort

[462] *Samuelson*, 34 Columbia Journal of Law & the Arts 697, 706 (2011).

[463] Dänemark, Finnland, Island, Norwegen, Schweden; vgl. *Gervais*, Vanderbilt Public Law Research Paper No. 11-26 (2003), S. 47 f.

[464] *Riis/Schovsbo*, IIC 2012, 930, 931.

[465] *Riis/Schovsbo*, IIC 2012, 930, 931.

[466] *Samuelson*, 34 Columbia Journal of Law & the Arts 697, 706 (2011).

keine vorherrschende Praxis besteht.[467] Die dänische Regelung beabsichtigt beispielsweise eine möglichst zielgenaue individuelle Ausschüttung, während in Norwegen zunächst an Mitgliederverbände und erst von diesen an die Urheber ausgeschüttet wird.[468] Für die nicht repräsentierten Urheber müssen gesonderte Fonds gebildet werden.[469] Schließlich müssen die Verwertungsgesellschaften die Nichtmitglieder angemessen repräsentieren sowie die Rechtsinhaber ein Opt-Out-Recht haben.[470]

Betrachtet man diese Punkte, so sind sie allesamt im ASA wiederzufinden. Die Zielsetzung, Transaktionskosten zu senken, stimmt ebenso überein wie durch die Registry eine Verwertungsgesellschaft geschaffen wird, die aufgrund der Wirkung des ASA als Class Action Settlement auch unbeteiligte Dritte vertritt, was nur unter der Voraussetzung angemessener Repräsentation nach dem FRCP möglich ist. Auch im Rahmen des ASA bestehen Opt-Out-Möglichkeiten.[471] In vielen Einzelheiten gibt es freilich Unterschiede, aber das Korsett ist vergleichbar.[472] Der wichtigste Unterschied zwischen ASA und ECL ist, dass das ECL in den skandinavischen Ländern einen ganz entscheidenden Faktor auf seiner Seite hat, nämlich Legitimität durch den Akt der Gesetzgebung.

Das ASA jedenfalls ist mit der Entscheidung des Gerichts ein rein theoretisches Konstrukt geblieben. An seine Stelle tritt derzeit die Entscheidung zugunsten des Fair Use.[473] Dies ist für Google ein Ergebnis, mit dem das Unternehmen sehr gut leben kann, wenngleich es nur den tatsächlich zur gerichtlichen Entscheidung gebrachten Teil des ASA beinhaltet. Für Google bedeutet es, dass zumindest die Buchsuche weiterbetrieben werden kann. Im Übrigen muss für jegliche weitere Verwertung eine Lizenz eingeholt werden. Die endgültige Entscheidung, ob die Fair-Use-Schranke greift, steht nach Einlegung der Berufung durch die Authors Guild im Dezember 2013 noch aus.[474]

---

[467] *Riis/Schovsbo*, IIC 2012, 930, 931.

[468] *Riis/Schovsbo*, IIC 2012, 930, 947, 949.

[469] *Samuelson*, 34 Columbia Journal of Law & the Arts 697, 706 (2011); *Riis/Schovsbo*, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 471, § 4.4 (2010), berichten über einen Anspruch auf individuelle Vergütung auch der nicht repräsentierten Rechtsinhaber sowie das Nichtbestehen von Richtlinien.

[470] *Samuelson*, 34 Columbia Journal of Law & the Arts 697, 706 (2011).

[471] *Samuelson*, 34 Columbia Journal of Law & the Arts 697, 707 (2011).

[472] *Samuelson*, 34 Columbia Journal of Law & the Arts 697, 707 f. (2011).

[473] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y., Nov. 14, 2013).

[474] *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 13-4829, (2nd Cir., Dec. 23, 2013)

C. Modell 2: § 137l UrhG

I. Entstehung und Problemlage

1. *Entstehung der Regelung*

§ 137l UrhG steht im Kontext der Streichung des absoluten Verfügungsverbots des § 31 Abs. 4 UrhG a.F. Bis zum „Zweite[n] Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ vom 27.10.2007, besser bekannt als Zweiter Korb, war es nach § 31 Abs. 4 UrhG a.F. nicht möglich, über unbekannte Nutzungsarten zu verfügen und eine dahingehende Verpflichtung einzugehen. § 31 Abs. 4 UrhG a.F. sollte dem Urheber das Recht sichern, zu entscheiden, ob und gegen welches Entgelt er mit der Nutzung seiner Werke auch auf die neue Art einverstanden ist. Er musste also die wirtschaftliche Bedeutung und Verwertbarkeit der neuen Nutzungsart abschätzen können.[475] Nutzungsart ist dabei jede konkrete, technisch und wirtschaftlich eigenständige Verwertungsform eines Werks.[476] Für ihre Bekanntheit muss die neue Nutzungsart auch wirtschaftlich relevant sein.[477]

Regelungen zur Einräumung von unbekannten Nutzungsarten enthalten jetzt § 31a UrhG und § 32c UrhG. Die beiden Regelungen sehen Sonderregelungen für die schuldrechtliche Verpflichtung und dingliche Einräumung von unbekannten Nutzungsarten vor. Der hier entscheidende § 137l UrhG greift dagegen für den Geltungszeitraum des gestrichenen § 31 Abs. 4 UrhG a.F.

2. *Problemlage*

a. Streichung des § 31 Abs. 4 UrhG a.F.

Durch § 31 Abs. 4 UrhG a.F. verblieben dem Urheber die Rechte an unbekannten Nutzungsarten. Von der Einführung des § 31 Abs. 4 UrhG a.F. mit dem UrhG am 1.1.1966 bis zur Einführung des Zweiten Korbes im Jahr 2008 mussten vormals unbekannte Nutzungsarten nachlizenziert werden, sobald sie bekannt geworden waren. Das heißt aber nicht, dass dies stets geschehen ist, sodass vormals unbekannte Nutzungsarten beim Urheber verblieben sind und diese Werke folglich nicht über neue Nutzungsarten zugänglich wurden.

---

[475] BGH, GRUR 2005, 937, 939 – *Der Zauberberg*; BGH, GRUR 1997, 215, 217 – *Klimbim*; *Berger*, BGH, GRUR 2005, 907.

[476] BGH, GRUR 2005, 937, 939 – *Der Zauberberg*; BGH, GRUR 1997, 215, 217 – *Klimbim*; BGH, GRUR 1995, 212, 213 – *Videozweitauswertung III*; BGH, GRUR 1986, 62, 64 – *GEMA-Vermutung I.*

[477] BGH, GRUR 1995, 212, 213 – *Videozweitauswertung III;* BGH, GRUR 1991, 133,136 – *Videozweitauswertung I*; BGH, GRUR 1986, 62, 64 – *GEMA-Vermutung I;* BGH, GRUR 1988, 296, 298 – *GEMA-Vermutung IV*.

b. Erforderlichkeit einer Nachlizenzierung

Die Nachlizenzierung der vormals unbekannten Nutzungsarten ist das Problem, das § 137l UrhG lösen soll. Zur Nachlizenzierung muss in der Praxis eine Reihe von Prozessen durchlaufen werden. Am Anfang der Beurteilung steht die Frage, ob die begehrte Nutzungsart überhaupt eine unbekannte Nutzungsart darstellt, also ob ein Nacherwerb überhaupt nötig ist. Die Frage, ob eine Nutzungsart zu einem bestimmten Zeitpunkt bekannt oder unbekannt war, ist nur in begrenzter Zahl judiziert.[478] In vielen Fällen dauerte es Jahre, bis höchstrichterlich Klärung erfolgte, wie in den 1990er Jahren die Videozweitauswertung-Entscheidungen des BGH zeigten.[479] Handelt es sich um eine unbekannte Nutzungsart, müssen die Rechtsinhaber ermittelt werden. Da das Urheberrecht ein unverbrieftes Schutzrecht ist und kein zentrales Register besteht, ist der Aufwand einer derartigen Recherche nicht zu unterschätzen und führt nur selten zum Erfolg.[480] Sind Rechtsinhaber gefunden, müssen durch die eigene Rechtsabteilung oder Einschaltung von Anwälten Verhandlungen über den Nacherwerb geführt und schließlich die Lizenzgebühren bezahlt werden. Auch dies ist mit einem Zeit- und Kostenaufwand verbunden. Aus wirtschaftlicher Sicht sind die Transaktionskosten für eine Verwertung auf eine neue Nutzungsart oft prohibitiv hoch.[481]

c. Öffnung der Archive

In besonderem Maße besteht die Transaktionskostenproblematik bei großen Gedächtniseinrichtungen, wie Bibliotheken oder Rundfunkarchiven. Dort ist sie als Archivproblem[482] bekannt. Das ZDF beispielweise scheiterte mit seiner Archivauswertung für die Jubiläums-DVD „40 Jahre ZDF“, was bei 50.000 Lizenzverträgen pro Jahr kaum verwundern dürfte.[483] Bereits im Jahr 1999 forderte das Ministerkommittee der Europäischen Union die Mitgliedstaaten auf, gesetzliche Maßnahmen zu ergreifen, um die umfassende digitale Auswertung von Rundfunkarchiven zu ermöglichen.[484] Im Anschluss daran entwickelte *Vogel* einen ersten Entwurf, der als Pilotprojekt zunächst nur Rundfunkunternehmen die Nutzung

---

[478] Schricker/Loewenheim/*Spindler*, § 31a UrhG, Rn 38 f.

[479] BGH, GRUR 1991, 133, 136 – *Videozweitauswertung I*; BGH, GRUR 1995, 212, 213 – *Videozweitauswertung III*; OLG München, ZUM-RD 1997, 354, 355 – *Videozweitauswertung*; *Weber*, ZUM 2007, 688, 691; *Reber*, GRUR 1998, 792, 797.

[480] *Vuopala*, Assessment of the Orphan works issue and Costs for Rights Clearance, 2010, S. 10, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/reports_orphan/anna_report.pdf (Stand: Juli 2014), geht von einer Erfolgsquote von 5-25 % aus; *Klickermann*, MMR 2007, 221, 222; *Weber*, ZUM 2007, 688, 692.

[481] *Castendyk/Kirchherr*, ZUM 2003, 752, 754.

[482] BT-Drs. 16/1828, S. 33.

[483] *Weber*, ZUM 2007, 688, 691.

[484] *Castendyk/Kirchherr*, ZUM 2003, 751, 761.

von Sendearchiven zur On-Demand-Nutzung ermöglichen sollte. Dazu diente eine Verwertungsgesellschaftspflicht für unbekannte Nutzungsarten, die auf das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung begrenzt sein sollte.[485] Zu einer Umsetzung kam es nicht.[486] Die Regelung des § 137l UrhG geht in ihrem Anwendungsbereich weiter und soll dazu dienen, Kulturgüter in allen Gedächtniseinrichtungen für die Öffentlichkeit in digitaler Form zugänglich zu machen.[487]

3. *Ergebnis*

Der Hintergrund des § 137l UrhG liegt in der Aufhebung des Verbots der Lizenzierung unbekannter Nutzungsarten mit der Urheberrechtsnovelle des Zweiten Korbs. Für den Zeitraum des Verbots besteht das Bedürfnis einer einfachen und kostengünstigen Lizenzierung bzw. Rechtszuordnung.[488] Die in den „Archiven ruhenden Schätze"[489] sollen mit § 137l UrhG gehoben werden.

II. Interessenlage

1. *Interesse der Urheber*

Die Situation vor der Streichung des § 31 Abs. 4 UrhG a.F. hatte den Sinn, den Urheber vor einer Lizenzierung gegen unangemessenes Entgelt für unbekannte Nutzungsarten zu schützen.[490] Aufgrund unabsehbarer Entwicklungen ist es nicht möglich, einen angemessenen Preis für eine unbekannte Nutzungsart festzulegen, was vor allem bei einem Vertrag mit echter Buy-Out-Struktur problematisch ist.[491] Darin kommt das anerkannte Interesse des Urhebers, sich für oder gegen die Verwertung durch eine neue Nutzungsart zu entscheiden, zum Ausdruck.[492] Denn eine Nutzungsart zuzulassen, muss für den Urheber nicht immer positiv sein.[493] Gerade im digitalen Bereich wird die Möglichkeit digitaler Kopierbarkeit eröffnet und insbesondere Raubkopien sind leichter herstellbar. Die Urheber haben ein Interesse, dass ihre einmal getroffene Entscheidung zur Verwertung auf gewisse Nutzungsarten bzw. ihre Rechtsposition sich nicht nachträglich verändert.[494] Dies gilt insbesondere im Hinblick auf Eingriffe in die Werkintegrität.[495]

---

[485] *Castendyk/Kirchherr*, ZUM 2003, 751, 761.
[486] *Castendyk/Kirchherr*, ZUM 2003, 751, 761.
[487] BT-Drs. 16/1828, S. 22.
[488] BT-Drs. 16/1828, S. 21, 22.
[489] BT-Drs. 16/1828, S. 22.
[490] *Reber*, GRUR 1998, 792, 797.
[491] *Castendyk/Kirchherr*, ZUM 2003, 751, 761.
[492] BGH, GRUR 1986, 62, 65 – *GEMA-Vermutung I.*
[493] *Wandtke/Holzapfel*, GRUR 2004, 284, 292.
[494] *Schimmel*, Stellungnahme der Initiative Urheberrecht zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft („Korb 2"), BT-Drucks. 16/1828, vom 3.11.2006,

Auf der anderen Seite besteht ein originäres Interesse des Urhebers, den Erhalt seines Werkes sicherzustellen und die Verwertungsformen an den jeweiligen Zeitgeist anzupassen, und damit einem eventuellen Verblassen im kulturellen Gedächtnis entgegenzuwirken.[496] Eine zeitgemäße Lizenzierung ist ferner erforderlich, um das fundamentale Interesse des Urhebers zu befriedigen, über einen zukünftigen Zeitraum Erlöse für sich selbst, die Erben (§ 28 Abs. 1 UrhG i. V. m. § 1922 BGB) oder sonstige Rechtsnachfolger zu generieren.[497] Eine solche war aufgrund von § 31 Abs. 4 UrhG a.F. nicht möglich. Obwohl er den Schutz der Urheber vorsah, hat er die Urheberinteressen eher geschwächt als gestärkt.[498] Für eine Neuregelung strebten die Urheber vor allem nach Rechtsklarheit und Rechtssicherheit.[499] Dies gilt insbesondere insoweit, als die Urheber mit einer Neuregelung keine zusätzlichen oder nur schwer erfüllbare Pflichten aufgebürdet bekommen wollten.[500] Der Urheber hat also an der Lizenzierung seiner in den Archiven liegenden Werke materielle wie immaterielle Interessen.

S. 15, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014); BVerfG, ZUM 2010, 235, 237.

495 *Bohm/Schmidt-Hug,* Stellungnahme der Filmemacher zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft „Zweiter Korb" vom November 2006, S. 3, 10, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic /Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014), mit Verweis auf die Darstellung von Filmen auf dem Smartphone.

496 *Bohm/Schmidt-Hug,* Stellungnahme der Filmemacher zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft „Zweiter Korb" vom November 2006, S. 3, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb -2/st/ (Stand: Juli 2014).

497 *Bohm/Schmidt-Hug,* Stellungnahme der Filmemacher zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft „Zweiter Korb" vom November 2006, S. 11, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb -2/st/ (Stand: Juli 2014).

498 *Bornkamm*, Stellungnahme zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft (BT-Drucks. 16/1828 und 16/262) vom 28.11.2006, S. 1, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014); *Kreile*, Stellungnahme der Filmwirtschaft zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft „Zweiter Korb" vom Oktober 2006, S. 1, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014).

499 *Schimmel*, Stellungnahme der Initiative Urheberrecht zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft („Korb 2"), BT-Drucks. 16/1828, vom 3.11.2006, S. 15, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014); *Bohm/Schmidt-Hug,* Stellungnahme der Filmemacher zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft „Zweiter Korb" vom November 2006, S. 5, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014).

500 *Bohm/Schmidt-Hug,* Stellungnahme der Filmemacher zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft „Zweiter Korb" vom November 2006, S. 5 f., abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014).

2. *Interesse der Verwerter*

Für Verwerter geht es im Wesentlichen darum, die Einnahmemöglichkeiten der neuen Verwertungswege des Internets auch für den Geltungsbereich des § 31 Abs. 4 UrhG a.F. zu erschließen.[501] Um einen möglichst hohen Gewinn zu erzielen, müssen Transaktionskosten für die Lizenzierung neuer Nutzungsarten so gering wie möglich gehalten werden. Der Markteintritt in eine Nutzungsart ist ohnehin kostspielig, da in der Regel neue Produktionstechniken und Vertriebsplattformen entwickelt werden müssen.[502] Hinzu kommt, dass es für öffentlich-rechtliche Verwerter unter Berücksichtigung der Rundfunk-, Film- und Pressefreiheit geradezu geboten sein kann, die Öffentlichkeit mit Inhalten zu versorgen. Ein derartiges Interesse öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten zur Nutzung des Internets für ihre Dienste hat jüngst der Streit um die „Tagesschau"-App offenbart.[503] Sogar ein „ideelles" Interesse für alle Verwerter, kulturell bedeutsame Werke zur Verfügung zu stellen, wird vertreten.[504] Indes haben die Verwerter vornehmlich materielle Interessen, damit ihre auf ein Werk getätigten Investitionen nicht verloren gehen. Das kann der Fall sein, wenn sie ein Werk nicht auf eine neue Nutzungsart auswerten können, sondern ein Dritter. Bei vormals unbekannten Nutzungsarten spielt dabei auch eine Rolle, dass Blockadehaltungen einzelner Berechtigter die Verwertung nicht verhindern.[505] Dies gilt insbesondere im Filmbereich, wo unter Umständen schon die Urhebereigenschaft einzelner Beteiligter unklar ist.[506] Die Rechte Einzelner, die Auswertung auf eine neue Nutzungsart zu verhindern, sol-

---

[501] *Kreile*, Stellungnahme der Filmwirtschaft zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft „Zweiter Korb" vom Oktober 2006, S. 6, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014).

[502] *Kuhlen*, S. 304.

[503] OLG Köln, MMR 2014, 199.

[504] *Castendyk/Kirchherr*, ZUM 2003, 751, 764.

[505] *Deutsche Landesgruppe der IFPI e.V./Bundesverband der Phonographischen Wirtschaft e.V.*, Stellungnahme der Deutschen Landesgruppe der IFPI e.V. und des Bundesverbandes der Phonographischen Wirtschaft e.V. zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 14.11.2006, S. 7, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014); *Kreile*, Stellungnahme der Filmwirtschaft zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft „Zweiter Korb" vom Oktober 2006, S. 20, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014).

[506] *Kreile*, Stellungnahme der Filmwirtschaft zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft „Zweiter Korb" vom Oktober 2006, S. 4, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014); a.A. *Bohm/Schmidt-Hug*, Stellungnahme der Filmemacher zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft „Zweiter Korb" vom November 2006, S. 10, mit Verweis auf § 65 Abs. 2 UrhG, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014).

len daher im Interesse der Verwerter minimiert werden.[507] Zudem setzt sich insbesondere die Filmindustrie dafür ein, dass im Interesse der Rechtssicherheit eine Rechtszuordnung an einen Verwerter erfolgt.[508] Ob das der Filmproduzent oder der tatsächliche Verwerter sein soll, beurteilen die Interessengruppen naturgemäß unterschiedlich.[509] Die Sender führen jedenfalls zu Recht an, dass Produktionsgesellschaften im Vergleich zu Sendern allzu oft nur kurz existieren.[510] Auch würden Widerspruchsrechte gerade bei den vielen Beteiligten beim Film nur Rechtsunsicherheiten erzeugen und die spätere Auswertung unter Umständen blockieren.[511] Schließlich haben die Verwerter ein Interesse daran, dass die Nutzung nicht über eine Verwertungsgesellschaft abgewickelt wird, weil sie den Abschlusszwang aus §§ 6, 11 UrhWahrnG fürchten.[512] Würden Verwertungsgesellschaften die Rechte wahrnehmen, wäre die individuelle Verwertung durch die Verwerter in Gefahr.

---

507 *Kreile*, Stellungnahme der Filmwirtschaft zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft „Zweiter Korb“ vom Oktober 2006, S. 21, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014).

508 *Kreile*, Stellungnahme der Filmwirtschaft zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft „Zweiter Korb“ vom Oktober 2006, S. 21, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014); *Weber*, ARD/ZDF-Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 29.11.2006, S. 2, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014).

509 *Weber*, ARD/ZDF-Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 29.11.2006, S. 2, 3, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014); *Kreile*, Stellungnahme der Filmwirtschaft zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft „Zweiter Korb“ vom Oktober 2006, S. 22, geht wohl selbstverständlich von der Zuordnung an die Produzenten aus, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014).

510 *Weber*, ARD/ZDF-Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 29.11.2006, S. 2, 3, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014).

511 *Kreile*, Stellungnahme der Filmwirtschaft zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft „Zweiter Korb“ vom Oktober 2006, S. 22, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014).

512 *Kreile*, Stellungnahme der Filmwirtschaft zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft „Zweiter Korb“ vom Oktober 2006, S. 4, 21 f., abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014).

3. *Interesse der Allgemeinheit*

Das Interesse der Allgemeinheit geht dahin, Werke kostengünstig auf so vielen Vertriebswegen wie möglich zu erhalten. Demensprechend hat die Allgemeinheit ein Interesse daran, dass Verwerter Werke günstig und auf allen möglichen Wegen verbreiten können und sich Urheber und Rechtsnachfolger nicht gegen Innovationen sperren. Derzeit zeigt sich vor allem im audiovisuellen Bereich der Trend in Richtung On-Demand- und Streamingdienste als zentrale Auswertungsform.[513] Dieser Trend wird gestützt durch die mobile Nutzung des Internets und die daraus folgende Beliebtheit von Internetfernsehen.[514] Die Allgemeinheit hat ein Interesse an der Lösung des Archivproblems, damit die in den Archiven enthaltenen Werke über das Internet nutzbar gemacht werden können.

4. *Ergebnis*

Den Urhebern ist an der Wahrung ihrer materiellen wie immateriellen Interessen gelegen. Die Verwerter, hier insbesondere die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, sind an der möglichst umfangreichen und rechtssicheren Auswertung interessiert. Dazu propagieren sie eine Zuordnung der Rechte an sich sowie eine Beschränkung möglicher Widerspruchsrechte der Urheber. Der Allgemeinheit geht es vornehmlich um die bequeme Befriedigung ihrer Konsuminteressen.

III. Regelungsgehalt und Konzeption

Um das Ziel der Hebung der Archivschätze zu erreichen und dabei die Transaktionskosten nicht ausufern zu lassen, sieht § 137l UrhG eine Übertragungsfiktion mit einer Widerspruchslösung vor, soweit der Anwendungsbereich im Übrigen eröffnet ist. Für die Nutzung erhält der Urheber oder Rechtsinhaber einen verwertungsgesellschaftspflichtigen Anspruch auf eine angemessene Vergütung.

1. *Anwendungsbereich*

a. Zeitlicher Anwendungsbereich

In zeitlicher Hinsicht beschränkt sich der Anwendungsbereich gemäß § 137l Abs. 1 S. 1 UrhG auf den Zeitraum zwischen dem 1.1.1966 (Zeitpunkt des Inkrafttretens des UrhG, § 143 Abs. 2 UrhG) und dem 1.1.2008 (Zeitpunkt des Inkrafttretens „Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informati-

[513] *Koch*, GRUR 2010, 574; *Kreile*, Stellungnahme der Filmwirtschaft zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft „Zweiter Korb" vom Oktober 2006, S. 21, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014).

[514] *Statistisches Bundesamt*, Pressemitteilung vom 11. März 2014 – 089/14.

onsgesellschaft" vom 27.10.2007). Es handelt sich um den Zeitraum der Geltung des § 31 Abs. 4 UrhG a.F.

§ 137l UrhG wird im Gesetz selbst als „Übergangsregelung für neue Nutzungsarten" bezeichnet. Die Bezeichnung „Übergangsregelung" ist nicht zutreffend, denn eine solche würde ihr Außerkrafttreten zu einem bestimmten Zeitpunkt voraussetzten, was bei § 137l UrhG nicht der Fall ist. Ferner ist der Gesetzeswortlaut „und dem 1.1.2008" unpräzise. Ab dem 1.1.2008 gelten bereits die §§ 31a und 32 c UrhG, sodass der Anwendungsbereich nur bis zum 31.12.2007 reicht.[515]

Für Verträge vor dem Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes am 1.1.1966 gilt § 137l UrhG nicht, was bereits aus § 132 UrhG folgt, der die Anwendbarkeit des UrhG auf Verträge bestimmt.[516] Die Folge ist nach der Rechtsprechung von Reichsgericht und BGH für diesen Zeitraum das schlichte Eingreifen der Zweckübertragungslehre des heutigen § 31 Abs. 5 UrhG.[517] Unter Berücksichtigung des Gedankens, dass der Urheber stets wirtschaftlich an der Verwertung zu beteiligen ist, war eine Übertragung unbekannter Nutzungsarten nur dann anzunehmen, wenn in dem Vertrag eine Gewinnbeteiligung des Urhebers an der jeweiligen Auswertungsmöglichkeit vorgesehen war.[518] Damit stand schon vor Einführung des § 31 Abs. 4 UrhG in seiner von 1966 bis 2007 gültigen Fassung der allgemeine Zweckübertragungsgedanke der Einräumung von Rechten an einer noch nicht bekannten Nutzungsart regelmäßig entgegen.[519] Insofern ist die Begrenzung auf Werke ab 1966 durchaus kritisch zu bewerten, da sich hier dasselbe Problem stellt wie bei § 31 Abs. 4 UrhG a.F.

b. Persönlicher Anwendungsbereich

§ 137l UrhG findet dem Wortlaut nach Anwendung auf Urheber und deren Rechtsnachfolger, da diese aufgrund des § 28 UrhG dem Urheber gleichgestellt werden.[520] Ferner setzt sich die Übertragungsfiktion gem. § 137l Abs. 2 S. 1 UrhG in der Verwertungskette fort. Es sind damit neben dem Urheber unter Umständen auch alle sonstigen Rechtsinhaber betroffen.

Problematisch ist die Anwendbarkeit auf Leistungsschutzberechtigte, da der Wortlaut der Norm ausdrücklich von Urhebern spricht und keine Unterscheidung entsprechend § 7 UrhG macht. Dennoch ist die allgemeine Meinung zutreffend, nach der § 137l UrhG auf Verfasser wissenschaftlicher Ausgaben (§ 70 UrhG) und

---

515 Schulze/Dreier/*Dreier*, § 137l UrhG, Rn 11.
516 OLG Köln, ZUM 2009, 237, 238.
517 OLG Köln, ZUM 2009, 237, 238.
518 RGZ 140, 255, 257 f. – *Hampelmann*, BGH, GRUR 1953, 299, 300 f. – *Lied der Wildbahn I*; BGH, GRUR 1955, 201, 203 – *Cosima Wagner*; BGH, GRUR 1957, 611, 612 – *Bel ami*.
519 *Wandtke/Holzapfel*, GRUR 2004, 284, 286; OLG Köln, ZUM 2009, 237, 238.
520 Dreier/Schulze/*Dreier*, § 137l UrhG, Rn 8.

Lichtbildner (§ 72 UrhG) angewandt werden kann. Methodisch spricht dafür, dass die §§ 70 und 72 UrhG auf die allgemeinen Vorschriften verweisen und damit das Pendant des § 137l UrhG, nämlich § 31 Abs. 4 UrhG a.F., für anwendbar erklären.[521] Zudem sind jetzt die §§ 31a, 32c UrhG aufgrund ihrer Stellung im allgemeinen Teil anwendbar, § 137l UrhG dagegen aufgrund seiner Position im Gesetz nicht. Dies spricht für eine planwidrige Regelungslücke.[522] Praktisch ist es angezeigt, für diese Schutzrechte in Anbetracht des Ziels des „Hebens von Archivschätzen" eine extensive Auslegung vorzunehmen, da zumindest in Printpublikationen derartige Leistungsschutzrechte enthalten sind, sodass für diese eine Nachlizenzierung erforderlich würde.[523] Mit der Einführung des Leistungsschutzrechts für Presseverleger außerhalb des Anwendungsbereichs von § 31 Abs. 4 UrhG a.F. ist auch dieses erfasst.

Eine derartige Ausweitung des Anwendungsbereichs für ausübende Künstler hingegen ergibt nach allgemeiner Meinung keinen Sinn, da bereits § 31 Abs. 4 UrhG a.F. aufgrund § 79 Abs. 2 S. 2 UrhG nicht anwendbar war, sodass sie Verträge über unbekannte Nutzungsarten schließen und über sie verfügen konnten, und eine Anwendung des § 137l UrhG ins Leere geht.[524] Gleiches gilt nach der allgemeinen Meinung in der Kommentarliteratur für das Schutzrecht des Tonträgerherstellers, Veranstalters, Filmherstellers, Sendeunternehmens und Datenbankherstellers nach den jeweils einschlägigen Normen §§ 85 Abs. 2 S. 2, 81 S. 2, 94 Abs. 2 S. 2, 87 Abs. 2 S. 3, 87a ff. UrhG.[525]

Für die Archive von Rundfunkunternehmen stellt sich das Problem, dass diese Tonträger aufgrund der gesetzlichen Lizenz des § 78 Abs. 1 Nr. 2 UrhG senden dürfen, eine Auswertung durch öffentliches Zugänglichmachen aber eine Nachlizenzierung voraussetzt (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 UrhG). Dies führt dazu, dass für ein öffentliches Zugänglichmachen von Filmen beispielsweise aus Rundfunkarchiven mit Hintergrundmusik eine (Nach-)Lizenzierung entsprechender Tonträger erforderlich ist.[526] Um diese Problemlage zu lösen, ohne ein Einschreiten des Gesetzgebers erforderlich werden zu lassen, ist es angezeigt, den Anwendungsbereich des § 137l UrhG teleologisch zu erweitern.

---

[521] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 5; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 16; Fromm/Nordemann/*J .B. Nordemann*, § 137l UrhG, Rn 6; Wandte/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 5.

[522] Dreier/Schulze/*Dreier*, § 31a UrhG, Rn 9.

[523] *Heckmann,* S. 266.

[524] BGH, GRUR 2003, 324 – *EROC III*; *Czernik*, GRUR 2009, 913; Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 6.

[525] Dreier/Schulze/*Dreier*, § 137l UrhG, Rn 5, Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 17; Fromm/Nordemann/*J. B. Nordemann*, § 137l UrhG, Rn 6; Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 6.

[526] *Weber*, ZUM 2007, 688, 692.

Die Werkkategorie soll nach der amtlichen Begründung keine Rolle spielen.[527] Beabsichtigt ist eine neutrale Gestaltung der Norm, sodass entsprechend auch die Art des Mediums, in dem ein Werk verkörpert ist, unerheblich sein soll. Nicht ausdrücklich geregelt ist, ob die Norm nur veröffentlichte und erschienene Werke nach § 6 Abs. 1 und Abs. 2 UrhG oder darüber hinaus auch unveröffentlichte Werke erfasst. Durch den Abschluss eines Nutzungsrechtsvertrags übt der Urheber sein Veröffentlichungsrecht bereits konkludent aus.[528] Nachdem die Einräumung aller wesentlichen Nutzungsrechte Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Norm ist, erübrigt sich eine Differenzierung.

Betroffen sind somit Urheber sowie die Verfasser wissenschaftlicher Ausgaben und Lichtbildner, nicht aber andere Leistungsschutzrechtsinhaber. Ferner sind alle weiteren Inhaber dieser Rechte betroffen, soweit der erforderliche Umfang der Rechtseinräumung erfüllt ist. Die Art der Verkörperung des Werks ist unerheblich.

c. Räumlicher Anwendungsbereich

Der räumliche Anwendungsbereich ergibt sich aus den IPR-rechtlichen Bestimmungen zum Urheberrecht. Nach der herrschenden Einheitstheorie findet auf urhebervertragsrechtliche Verfügungsgeschäfte das Vertragsstatut Anwendung, wobei aber für bestimmte Fragen aufgrund der generellen Geltung des Territorialitätsprinzips das Recht des Schutzlandes (sog. Urheberrechtsstatut[529]) zur Anwendung kommt.[530] Bei § 137l UrhG ist dies problematisch, weil er einerseits an die originäre vertragliche Beziehung anknüpft, andererseits erst das Gesetz die Rechtseinräumung ermöglicht. Das Schutzlandprinzip ist auch bei Urheberrechtsverträgen anwendbar, wenn es um Fragen geht, die das Urheberrecht selbst betreffen.[531] Für § 31 Abs. 4 UrhG a.F. wird eine derartige Behandlung vorgeschlagen und von der Rechtsprechung praktiziert.[532] Nichts anderes kann deshalb für

[527] BT-Drs. 16/1828, S. 22.

[528] Schricker/Loewenheim/*Dietz/Peukert*, § 12 UrhG, Rn 17.

[529] Dreier/Schulze/*Dreier*, Vor §§ 120 ff. UrhG, Rn 28; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, Vor §§ 120 ff. UrhG, Rn 128.

[530] Dreier/Schulze/*Dreier*, Vor §§ 120 ff. UrhG, Rn 28; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, Vor §§ 120 ff. UrhG, Rn 148.

[531] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, Vor §§ 120 ff. UrhG, Rn 150.

[532] Dreier/Schulze/*Dreier*, § 31a UrhG, Rn 24, Vor §§ 120 ff. UrhG, Rn 55; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, Vor §§ 120 ff. UrhG, Rn 150; BGH, GRUR 1988, 296, 298 – *GEMA Vermutung IV*, wendet § 31 Abs. 4 UrhG a.F. auch auf ausländische Urheber mit ausländischem Wahrnehmungsvertrag an, wenn es um die Nutzung vormals unbekannter Nutzungsarten durch eine deutsche Verwertungsgesellschaft geht; a.A. Fromm/Nordemann/*J. B. Nordemann*, § 31a UrhG, Rn 14; § 137l UrhG, Rn 4, *Frhr. Raitz v. Frentz/v. Alemann*, ZUM 2010, 38, 44.

§ 137l UrhG gelten.[533] Zwar knüpft § 137l UrhG an die ursprüngliche vertragliche Beziehung zwischen Urheber und Rechtsinhaber an, entspricht aber durch seine Zuordnung der Rechtsinhaberschaft in gewisser Weise der originären Entstehung des Rechts.[534] Dies spricht für die Anwendung des Schutzlandprinzips. Die Folge des räumlichen Anwendungsbereichs ist, dass § 137l UrhG nur bei Verfügungen über das in Deutschland gewährte Urheberrecht anwendbar ist. Entsprechend kann § 137l UrhG nur deutsche Archivschätze erfassen. Dies gilt unabhängig von der Nationalität der Rechtsinhaber.

d. Sachlicher Anwendungsbereich

Eine Einschränkung auf bestimmte Werkkategorien macht § 137l UrhG nicht, er ist vielmehr werkneutral ausgestaltet. Damit kann jede Werkkategorie erfasst werden. Eine Beschränkung der Werkkategorien ergibt sich dagegen aus dem bereits erörterten persönlichen Anwendungsbereich, sodass auf vorstehende Ausführungen verwiesen wird. Die werkneutrale Ausgestaltung verliert durch den engeren persönlichen Anwendungsbereich an Gewicht.

2. *Nutzungsrechte*

Rechtsfolge von § 137l UrhG ist die Übertragung von Nutzungsarten. Dass in § 137l Abs. 1 S. 1 UrhG von unbekannten Nutzungsrechten und nicht von Nutzungsarten gesprochen wird, ist ein Redaktionsversehen, denn dies entspricht weder der allgemeinen Terminologie des Urheberrechts noch der Terminologie des § 137l UrhG im Übrigen.

a. Voraussetzung der Übertragungsfiktion

i. Nutzungsrechteinräumung

Nach § 137l Abs. 1 S. 1 UrhG muss der Urheber bzw. Rechtsinhaber nach § 137l Abs. 2 S. 1 UrhG für die Rechtsfolge der Übertragungsfiktion einem anderen alle wesentlichen Nutzungsrechte ausschließlich sowie räumlich und zeitlich unbegrenzt eingeräumt haben. Der Wortlaut der Norm geht dabei von einer Einräumung von Nutzungsrechten aus. In der Literatur ist das Bild dessen, was damit eigentlich gemeint ist, uneinheitlich. Einer Ansicht nach genügt eine vertragliche Nutzungsrechtseinräumung.[535] Eine andere Ansicht hält aufgrund des Vergleichs mit § 34 Abs. 4 UrhG a.F. jegliche vertraglichen Verpflichtungen und Verfügun-

[533] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, Vor §§ 120 ff. UrhG, Rn 150; Fromm/Nordemann/*J. B. Nordemann*, § 137l UrhG, Rn 4.

[534] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, Vor § 137l UrhG, Rn 24; das Argument, es handele sich um eine gesetzliche Lizenz, schlägt indes nicht, vgl. Abschnitt IV.1.b.

[535] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 17.

gen über Nutzungsrechte für erfasst.[536] Nicht ausgeschlossen seien auch Optionsverträge und schuldrechtliche Nutzungsgestattungen.[537] Dies ist nicht unproblematisch, denn ausgehend vom eindeutigen Wortlaut bedarf es einer Einräumung von Nutzungsrechten. Jedenfalls umfasst sind Buy-Out-Verträge.[538]

(1) Einräumung und Rechtsübertragung

Eine vollständige, sog. translative Übertragung des Urheberrechts ist aufgrund des persönlichkeitsrechtlichen Gehalts nicht möglich.[539] Vielmehr ist von einer gebundenen Rechtsübertragung auszugehen, die sich von der translativen Übertragung dadurch unterscheidet, dass „die Nutzungsrechte ständig im Banne des Urheberrechts bleiben und dem Werkschöpfer nicht ganz aus der Hand gleiten."[540] Um das Recht einer Nutzung zuzuführen und zu kommerzialisieren, hat der Urheber die Möglichkeit, nach §§ 29 Abs. 2, 31 Abs. 1 UrhG zu verfahren. Nach § 31 Abs. 1 UrhG kann der Urheber das Recht einräumen, das Werk auf einzelne oder alle Nutzungsarten zu nutzen. Dabei wird das Nutzungsrecht vertraglich bestimmt und in diesem Umfang von dem stets beim Urheber verbleibenden Verwertungsrecht abgespalten und dem Vertragspartner überlassen. Durch die Einräumung entsteht das Nutzungsrecht.[541] Der Begriff der Einräumung impliziert dabei eine Verfügung und nicht bloß eine schuldrechtliche Verpflichtung.[542] Das Nutzungsrecht seinerseits kann auf zweiter Stufe der Verwertung entweder tanslativ oder konstitutiv eingeräumt werden.[543]

(2) Stufenleiter der Gestattungen im Urheberrecht

Neben der konstitutiven Rechtseinräumung hinsichtlich des Nutzungsrechts hat der Urheber weitere Gestaltungsmöglichkeiten, sein Recht zu kommerzialisieren. Es verbleiben eine rein vertragliche Gestattung, die unwiderrufliche Einwilligung und schließlich die widerrufliche Einwilligung.[544] Während der Inhaber des ausschließlichen Nutzungsrechts konstitutiv ein exklusives, positives Benutzungsrecht und zugleich ein negatives Verbotsrecht erhält, beschränkt sich das einfache Nutzungsrecht gem. § 29 Abs. 2 UrhG darauf, das Werk auf eine bestimmte Art zu nutzen. Ein negatives Verbotsrecht besteht nicht. Die schlichte Einwilligung lässt lediglich die Rechtswidrigkeit eines Urheberrechtseingriffs entfallen.[545] Handelt es

[536] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 14.
[537] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 14.
[538] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 9.
[539] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 29 UrhG, Rn 1; *Schack*, Rn 309.
[540] *Forkel*, S. 48.
[541] *Schack*, Rn 531.
[542] Schricker/Loewenheim/*Schricker/Loewenheim*, Vor § 28 UrhG, Rn 54.
[543] Schricker/Loewenheim/*Schricker/Loewenheim*, Vor § 28 UrhG, Rn 51.
[544] *Ohly*, S. 143.
[545] Schricker/Loewenheim/*Schricker/Loewenheim*, Vor § 28 UrhG, Rn 58.

sich hingegen um eine unwiderrufliche Einwilligung, ist strittig, ob daraus die Einräumung eines subjektiven Rechts bzw. Nutzungsrechts folgt und ob eine solche überhaupt einseitig möglich ist.[546]

(3) Bewertung

Nach dem Vorgesagten ist jedenfalls eine Einräumung nach § 31 Abs. 1 UrhG im Sinne einer echten Abspaltung vom Wortlaut des § 137l UrhG umfasst. Eine widerrufliche Einwilligung bzw. Gestattung ist einer Einräumung von Nutzungsrechten nicht gleichzusetzten.[547] Nur eine unwiderrufliche Einwilligung ist umfasst. Hier findet zwar keine Einräumung im Sinne einer Abspaltung von Nutzungsrechten statt, der Rechtsinhaber verzichtet aber dauerhaft auf die Ausübung von Verbotsrechten, sodass die Wirkung nahezu identisch ist. Eine Erstreckung auf widerrufliche oder noch weniger gehaltvolle Gestattungen würde mit der Rechtsfolge des § 137l UrhG nicht mehr korrespondieren, denn dieser führt selbst zu einer Einräumung. Diese Rechtsfolge sollte sich zumindest abstrakt in der ursprünglichen Einräumung spiegeln. § 137l UrhG erfasst damit nur eine Nutzungsrechtseinräumung sowie eine unwiderrufliche Nutzungsgestattung.

ii. Sachlicher Umfang der Nutzungsrechtseinräumung

Die Formulierung „wesentliche Nutzungsrechte" lässt viel Spielraum offen. In der amtlichen Begründung heißt es, dass die Norm „die nötige Flexibilität" schaffe, „um der Rechtsprechung die Entscheidung zu überlassen, welche Rechte bei den verschiedenen Werken übertragen worden sein müssen". Als Anknüpfungspunkt gibt die amtliche Begründung an, dass darauf abzustellen sei, ob im konkreten Fall alle diejenigen Rechte übertragen wurden, die für eine umfassende Verwertung nach dem jeweiligen Vertragszweck notwendig sind.[548] Damit wird eine Orientierung an der Zweckübertragungslehre bzw. § 31 Abs. 5 UrhG deutlich. In der Literatur folgt die Mehrheit dem Vorschlag der amtlichen Begründung und stellt, wenn auch in unterschiedlicher Ausprägung, auf den Vertragszweck ab.[549] Nach der von *Schulze*[550] vorgeschlagenen Betrachtungsweise ist darauf abzustellen, ob derjenige, dem Rechte ursprünglich eingeräumt worden sind, sie auch tatsächlich auswertet und auswerten kann. Diese Ansicht bedeutet das Abstellen auf den Primärzweck der Rechtseinräumung.[551] Nach anderer Meinung soll nicht der Ver-

---

[546] *Ohly*, S. 160 f., 468.
[547] Schricker/Loewenheim/*Schricker/Loewenheim*, Vor § 28 UrhG, Rn 56.
[548] BT-Drs. 16/1828, S. 33.
[549] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 11; Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 22, Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 31; *Czernik*, GRUR 1009, 913, 914; *Schippan*, ZUM 2008, 844, 849; *Czychowski*, GRUR 2008, 586, 588.
[550] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 22.
[551] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 31.

tragszweck, sondern der gesamte Rechtekatalog zu berücksichtigen und sachlogisch mit unbekannten Nutzungsarten zu ergänzen sein.[552]

Unterschiede in den Auffassungen ergeben sich, wenn einem Verwerter neben der primär beabsichtigten Nutzungsart noch weitere eingeräumt werden. Geht man vom Primärzweck des Vertrages aus, wären nur diejenigen unbekannten Nutzungsarten von der Rechtsfolge des § 137l UrhG betroffen, die der primären Verwertungsform zuzuordnen sind. Betrachtet man dagegen den gesamten Rechtekatalog und folgt man dann einer sachlogischen Ergänzung, wären alle übertragenen Nutzungsrechte mit neuen Nutzungsarten zu ergänzen. Insoweit dürfte die Ergänzung des Rechtekatalogs die bessere Alternative darstellen, weil sie nicht zu einer Verengung führt und der Primärzweck bei einer sehr umfangreichen Rechtseinräumung objektiv kaum zu beurteilen ist.[553] Zudem spricht für diese Ansicht, dass sie dem Zweck des § 137l UrhG besser gerecht wird, da eine umfassende Öffnung der Archive ermöglicht werden soll. Problematisch ist bei dieser Ansicht hingegen, dass die Orientierung am Rechtekatalog und die sachlogische Ergänzung der Nutzungsrechte um unbekannte Nutzungsarten ohne jede Berücksichtigung des Vertragszwecks dem Gesetzeswortlaut und seiner Begründung widersprechen würden. Eine Ergänzung auch unbedeutender Rechte würde sich wohl zu weit vom Gesetzeswortlaut „wesentlich" entfernen.

Was wesentlich ist und was nicht, hängt, wie in der Gesetzesbegründung dargetan, vom Vertragszweck ab. Entsprechend kann eine sinnvolle Lösung wohl am besten dann erreicht werden, wenn der gesamte Rechtekatalog im Hinblick auf den oder die Vertragszwecke zugrunde gelegt wird. Dies soll aber nicht zugleich ein Abstellen auf den einen Primärzweck zur Folge haben, sondern eine Berücksichtigung aller im Fokus der Übertragung stehenden Zwecke ermöglichen. Zugleich ist aber durch die Zweckübertragungslehre eine restriktive Auslegung angebracht, denn aus dieser geht hervor, dass das Urheberrecht die Tendenz hat, beim Urheber zu verbleiben.[554] Um dem gerecht zu werden, ist jedenfalls eine umfassende Rechtseinräumung für den jeweiligen Vertragszweck zu verlangen.[555] Was dies im Einzelfall bedeutet, hängt von spezifischen Gebräuchen für die jeweilige Werkkategorie ab.[556]

---

552 Fromm/Nordemann/*J. B. Nordemann*, § 137l UrhG, Rn 12.

553 Fromm/Nordemann/*J. B. Nordemann*, § 137l UrhG, Rn 10, der allerdings den Vertragszweck gänzlich unberücksichtigt lassen möchte; a.A. *Heckmann*, S. 246, 258, der inkohärent zunächst zur weitreichenden Öffnung der Archive ein Abstellen auf den Primärzweck empfiehlt, die Rechtsübertragungsfiktion dann aber auf diesen einen Zweck beschränkt.

554 BGH, GRUR 1979, 637, 638 – *White Christmas*; BGH, GRUR 1996, 121, 122 – *Pauschale Rechtseinräumung;* BGH, GRUR 1998, 680, 682 – *Comic-Übersetzungen*; BGH, GRUR 2004, 938, 939 – *Comic-Übersetzungen III.*

555 Schricker/Loewenheim/*Schricker/Loewenheim*, § 137l UrhG, Rn 32.

556 Fromm/Nordemann/*J. B. Nordemann*; § 137l UrhG, Rn 14; *Frhr. Raitz v. Frentz/v. Alemann*, ZUM 2010, 38, 42; *Schippan*, ZUM 2008, 844, 849.

Im Ergebnis lässt sich der unbestimmte Rechtsbegriff „wesentliche Nutzungsrechte" daher zielgerichtet auf den Telos des § 137l UrhG – auch für die Praxis – am besten fassen, indem eine qualitative und eine quantitative Komponente berücksichtigt wird. Qualitativ müssen zunächst die Vertragszwecke festgelegt werden. Sodann ist zu klären, welche Nutzungsrechte im Hinblick auf diese Vertragszwecke übertragen worden sind, und ob sie dem Verwerter eine umfassende und dauerhafte Möglichkeit zur Auswertung des Werkes geben.[557] Für Letzteres ist quantitativ danach zu fragen, ob die übertragenen Rechte im Hinblick auf den jeweiligen Vertragszweck nach der branchenüblichen Praxis für das jeweilige Auswertungssegment als umfangreich anzusehen sind, wobei eine Einräumung sämtlicher Nutzungsrechte nicht nötig ist.[558] Ist dies der Fall, kann von der Einräumung aller wesentlichen Nutzungsrechte im Sinne des § 137l UrhG ausgegangen werden, sodass der andere von der Regelung begünstigt wird.

iii. Räumlich unbegrenzte Rechtseinräumung

Die Rechtseinräumung muss räumlich unbegrenzt stattfinden. Dass die Nutzungsrechte weltweit vergeben wurden, ist aber nicht erforderlich.[559] Die wohl h.M. beschränkt den Anwendungsbereich auf das Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland. Dies folge aus dem Territorialitätsprinzip, wonach Nutzungsrechte nur für einzelne Staatsgebiete vergeben werden können.[560] Diese Begründung allein ist allerdings nicht tragfähig, denn als Voraussetzung einer nationalen Rechtsfolge können auch Auslandssachverhalte dienen.[561] Gegen die wohl h.M. streitet ferner, dass die Rechtseinräumung für das Inland das Minimum der Rechtseinräumung darstellt, da eine regionale Aufspaltung der Nutzungsrechte aufgrund des Erschöpfungsgrundsatzes jedenfalls für körperliche Werkstücke ausgeschlossen ist.[562]

Vorzugswürdig ist eine Unterscheidung nach der branchenüblichen territorialen Aufspaltbarkeit der Nutzungsrechte und das Abstellen auf den Zweck der Rechtsübertragung.[563] Eine unbegrenzte Rechtseinräumung ist dann zu bejahen, wenn sich die neuen Nutzungsrechte genauso wie die bisher eingeräumten Nut-

---

[557] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 8; *Schulze,* UFITA 2007/II, 641, 687.

[558] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 30; Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 9; Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 24; *Schippan*, ZUM 2008, 844, 849.

[559] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 10; a.A. *Heckmann*, S. 247: „weltweite Rechtseinräumung".

[560] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn10; *Berger* GRUR 2005, 907, 911; *Czernik*, GRUR 2009, 913, 915.

[561] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 39.

[562] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 29; a.A. Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 39, der auch eine regionale Rechtseinräumung ausreichen lässt.

[563] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 29.

zungsrechte territorial aufspalten bzw. nutzen lassen.[564] Ob dazu für die räumlich unbegrenzte Nutzungsrechtseinräumung eine weltweite, europaweite oder nur deutschlandweite Nutzungsrechtseinräumung erforderlich ist, hängt vom jeweiligen Verwertungszweck ab.[565] Für einen deutschsprachigen Roman wäre demnach die Rechtseinräumung auch für das deutschsprachige Ausland erforderlich.[566] Ist dies der Fall, sind neue Nutzungsarten für dieses Gebiet zuzuschlagen. Eine Einschränkung dahingehend, dass vor allem bei Internetsachverhalten Nutzungsrechte im Zweifel beim Urheber verbleiben müssen, weil diese nur weltweit von einem Verwerter sinnvoll genutzt werden können, ist dagegen nicht erforderlich und nachvollziehbar.[567] Auch in diesem Bereich ist eine lokal begrenzte Verwertung durch technische Maßnahmen wie etwa Geoblocking, -targeting und -location möglich.[568] Bedenken, dass diese Ansicht das Ziel des § 137l UrhG, nämlich die Öffnung der Medienarchive, gefährdet, kann mit ihrer Flexibilität entgegentreten werden. Unter Zugrundelegung des Verwertungszwecks kann unter Umständen auch eine ursprüngliche Nutzungsrechtseinräumung im Bundesgebiet für eine räumlich unbegrenzte Nutzungsrechtseinräumung genügen.

iv. Zeitlich unbegrenzte Nutzungsrechtseinräumung

Für die zeitliche Ausgestaltung ist nach dem Gesetzeswortlaut ebenfalls eine unbegrenzte Rechtseinräumung nötig. Erforderlich ist nach zutreffender h.M.[569] eine teleologische Reduktion, da in der allgemeinen Verlagspraxis[570], außer gemäß § 38 Abs. 1 S. 2 UrhG für Beiträge zu Sammlungen, und im Filmbereich durch § 88 Abs. 2 UrhG, keine im Wortsinn unbegrenzte zeitliche Rechtseinräumung stattfindet, sondern diese auf den Zeitraum des gesetzlichen Urheberrechts beschränkt wird.

Die Einschränkung im oben genannten Normvertrag auf die Dauer des Urheberrechts steht hingegen nicht entgegen, denn eine längere Nutzungsrechtseinräumung ist schlechterdings unmöglich. Daher ist auch bei strengster Auslegung von einer zeitlich unbegrenzten Nutzungsrechtseinräumung auszugehen.[571] Auch § 88 Abs. 2 S. 2 UrhG betrifft den Anwendungsbereich von § 137l UrhG nicht, da

[564] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 29.
[565] Mestmäcker/Schulze/*Scholz*, § 137l UrhG, Rn 20.
[566] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 29; *Czernik*, GRUR 2009, 913, 914.
[567] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 29.
[568] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 39.
[569] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 40; Fromm/Nordemann/*J. B. Nordemann*, § 137l UrhG, Rn 10; Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 30.
[570] Vgl. § 2 des Normvertrags für den Abschluss von Verlagsverträgen vom 19.10.1978 i. d. F. vom 6.2.2014, abrufbar unter: http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Autorennormvertrag%206%202%202014_ Logo.pdf (Stand: Juli 2014).
[571] Ohne nähere Begründung Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 40; Fromm/Nordemann/*J. B. Nordemann*, § 137l UrhG, Rn 10.

er nicht dasselbe Werk im Auge hat.[572] Problematisch sind dagegen § 38 Abs. 1 S. 2 UrhG sowie die zeitlichen Beschränkungen in Mustertarifverträgen für Zeitschriften und Tageszeitungen.[573] Für Werke in periodisch erscheinenden Sammlungen nach § 38 Abs. 1 S. 2 UrhG besteht nach einem Jahr nur ein einfaches Nutzungsrecht. Für diese Werke wäre § 137l UrhG bei strenger Auslegung ausgehöhlt, da das Ziel, Archive zu heben, nicht erreichbar wäre, wenn gerade Zeitschriftenaufsätze nicht erfasst wären. Insoweit soll der Anwendungsbereich des § 137l UrhG nur im Hinblick auf den Zeitschriftenaufsatz an sich gesperrt sein. Für eine Veröffentlichung in der Sammlung, d.h. etwa der Zeitschrift als Ganzes, dagegen findet durch § 38 Abs. 1 UrhG keine zeitliche Beschränkung statt.[574] Die Frage der zeitlichen Beschränkungen vom jeweiligen Publikationsmittel abhängig zu machen, stößt praktisch und dogmatisch auf Bedenken, da im digitalen Umfeld in der Regel neben dem Sammelwerk auch der einzelne Beitrag abrufbar ist sowie das Urheberrecht am Sammelwerk mit den einzelnen Beiträgen vermischt würde.[575] Dem ist entgegenzutreten: Eine Vermischung findet hier nicht statt, denn es wird gerade zwischen den unterschiedlichen Rechten am Beitrag selbst und dem Sammelwerk unterschieden. Nur an der Sammlung an sich können unbekannte Nutzungsarten, etwa eine Online-Verwertung, erfasst sein. Gerade weil ein zusätzliches Urheberrecht an dem Sammelwerk besteht, das zeitlich unbeschränkt eingeräumt ist, muss dieses auch über die Jahresgrenze hinaus gelten. Dass der einzelne Beitrag vom Urheber nach einem Jahr selbst auf diese Weise verwertet werden kann, mag für den Herausgeber eine unangenehme Nebenfolge sein, reduziert sein ausschließliches Verwertungsrecht an der Sammlung aber keinesfalls auf ein einfaches Nutzungsrecht.[576] Ferner streitet auch der Zweck für diese Ansicht, denn dieser wird beim Zeitschriftenaufsatz gerade die Verwertung in der Sammlung und nicht des einzelnen Beitrags sein. Von einer Verwertung als Sammlung ist ferner auch dann auszugehen, wenn ein Beitrag einzeln als Beitrag der Sammlung online heruntergeladen werden kann.[577]

Insgesamt ist aufgrund der vorherrschenden Praxis von Befristungen, auch außerhalb des Anwendungsbereichs des § 38 UrhG, eine teleologische Reduktion des § 137l UrhG zu verlangen. Entsprechend der Zugrundelegung des Verwertungszwecks für die Auslegung der Tatbestandsmerkmale „wesentlich" und „räumlich" wird man auch hier keine anderen Maßstäbe anlegen dürfen und da-

---

[572] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 30.
[573] Vgl. Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 40.
[574] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 30.
[575] *Heckmann*, S. 249.
[576] Dreier/Schulze/*Dreier*, § 137l UrhG, Rn 30; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 36; Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 14; *Czernik*, GRUR 2009, 913, 914; a.A. *Heckmann*, S. 248; *Ehmann/Fischer*, GRUR Int. 2008, 284, 289; *Frhr. Raitz v. Frentz/v. Alemann*, ZUM 2010, 38; 40, *Schippan*, ZUM 2008, 844, 850.
[577] *Czernik*, GRUR 2009, 913, 915.

nach fragen müssen, ob die zeitliche Befristung eine umfassende Verwertungsbefugnis, die vom Gesetzgeber jedenfalls vorgesehen ist und nicht entwertet werden soll, ermöglicht. Dies ist wiederum eine Frage des jeweiligen Einzelfalls im Hinblick auf den jeweiligen Verwertungszweck und kann keinesfalls starr mit einer Befristung auf 1, 2, 8 oder 50 Jahre beantwortet werden. Lediglich die jederzeitige Kündbarkeit des Vertrags steht dem grundsätzlich entgegen.

b. Rechtsfolgen: Nutzungsrechtseinräumung

§ 137l Abs. 1 S. 1 UrhG führt zur Übertragungsfiktion. Der andere oder der Dritte im Fall des § 137l Abs. 2 S. 1 UrhG erhält dann „die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbekannten Nutzungsrechte“ als Begünstigter. Dies gilt jedenfalls für zukünftige Nutzungen. Inwieweit die Übertragungsfiktion auch vergangenheitswirksam ist und ab welchem Zeitpunkt sie Nutzungen erlaubt, hängt davon ab, wie sie dogmatisch einzuordnen ist, was unter Abschnitt C.IV zu erörtern sein wird.

i. Umfang der Rechtsübertragung

Der Umfang der Rechtsübertragung geht aus dem Gesetz nicht hervor. Der Wortlaut „gelten die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbekannten Nutzungsrechte als dem anderen ebenfalls eingeräumt“, lässt Spielraum offen. Eine umfassende Einräumung aller zum Zeitpunkt unbekannten Nutzungsarten ist aber weder sinnvoll noch beabsichtigt. Nach der hier vertretenen Meinung ist tatbestandlich erforderlich, dass für die Auslegung des Merkmals „alle wesentlichen Nutzungsrechte“ der Vertragszweck qualitativ und quantitativ im Hinblick auf die eingeräumten Nutzungsrechte maßgeblich ist. Aber auch nach den anderen, vorherrschenden Auffassungen, die entweder auch auf den Vertragszweck in Form des Primärzwecks abstellen oder eine sachlogische Ergänzung des Rechtekatalogs vornehmen, muss der Umfang der Übertragungsfiktion mit der ursprünglichen Einräumung korrespondieren.[578] Eine Einräumung beispielsweise von E-Book-Rechten an denjenigen, der nur Verfilmungsrechte erworben hat, würde die Gesetzesintention verfehlen und zu keinem sinnvollen Ergebnis führen. Daher ist von einer beschränkten Übertragungsfiktion auszugehen.[579] Dem anderen fallen danach nur diejenigen Rechte zu, die dem Vertragszweck entsprechen.[580] Haben die Parteien einen Vertrag unter Verwendung eines detaillierten Rechtekatalogs geschlossen, leiten sich der Vertragszweck bzw. die Vertragszwecke daraus ab,

[578] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 37; Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 23; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 57.

[579] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 37; Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 23 mit Verweis auf die Zweckübertragungsregel.

[580] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 34; Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 37.

anderenfalls sind sie durch Auslegung zu ermitteln.[581] Eine vollständige und pauschale Ergänzung des ursprünglichen Rechtekatalogs um alle korrespondierenden vormals unbekannten Nutzungsarten ist ohne Zugrundelegung des Vertragszwecks nicht sachgerecht, wenn ein Verwertungsbereich entweder qualitativ oder quantitativ nicht hinreichend abgedeckt ist. Hierfür ist die Vertragspraxis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses entscheidend, wozu Musterverträge herangezogen werden können. Hat ein Verlag auch umfassend Verfilmungsrechte eingeräumt bekommen, fallen ihm sonach auch die korrespondierenden unbekannten Nutzungsarten des Filmbereichs zu.[582] Der Vertragszweck ist nicht nur das Verlegen, sondern auch die Verfilmung. Dass der Verlag die Verfilmungsrechte nicht selbst nutzt, ist hierbei unerheblich, denn die Verwertung kann auch dadurch erfolgen, dass der Verlag die Rechte seinerseits lizenziert.[583] Dazu hat er die Verfilmungsrechte umfassend eingeräumt bekommen. Diese Zweckrichtung des Vertrags kann auch für § 137l UrhG fortwirken. Hätte der Verlag bloß die Vorführrechte für die Verfilmung erhalten, nicht aber jegliche Zweitverwertung, würde beispielsweise die Nutzungsart Handy-TV nicht umfasst sein. Hier wäre dann qualitativ zwar mit dem Vertragszweck auch die Verfilmung umfasst, in quantitativer Hinsicht genügen die Rechte aber nicht zum Zuschlag jeglicher Rechte, so wie auch qualitativ eine Zweitverwertung nicht dem ursprünglichen Zweck entsprechen würde.

ii. Ausschließliche oder einfache Rechtseinräumung

Problematisch ist der Umfang der Rechtseinräumung auch für die Frage, ob die Übertragungsfiktion eine ausschließliche oder bloß einfache Nutzungsrechtseinräumung fingiert. Der Gesetzeswortlaut enthält sich dazu. In der Gesetzesbegründung ist hingegen von einem „Verlust“ die Rede, sodass der Gesetzgeber wohl eher von der Einräumung ausschließlicher Rechte ausging.[584] Auch das Interesse der Allgemeinheit an einer Hebung der Archivschätze streitet für ein ausschließliches Nutzungsrecht. Denn für Verwerter ist die Investition in neue Verwertungsformen bei ausschließlichen Nutzungsrechten eher von Interesse, obwohl dies zu einer Blockade führen könnte, wenn der Verwerter nicht auswertet.[585] Für ein ausschließliches Nutzungsrecht streitet dann, dass der Urheber die Widerspruchsmöglichkeit der §§ 41 und 42 UrhG erhält, die er bei einem einfachen

[581] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 23.

[582] a.A. wohl Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 37.

[583] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 17; a.A. Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 22 unter dem Stichwort „verwertungsorientierte Betrachtungsweise“.

[584] BT-Drs. 16/1828, S. 34; *Frhr. Raitz v. Frentz/v. Alemann*, ZUM 2010, 38, 41; a.A. *Heckmann*, S. 258.

[585] Dreier/Schulze/*Schulze*, §137l UrhG, Rn 38; *Spindler/Heckmann*, ZUM 2006, 620, 625; *Schmidt-Hern*, ZUM 2008, 927, 930.

Nutzungsrecht nicht hätte.[586] Auch die Anknüpfung an die Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte wird für die Einräumung von ausschließlichen Nutzungsrechten durch die Übertragungsfiktion angeführt.[587] Schließlich ist dem Urheber im Rahmen des § 137l Abs. 5 UrhG für ein ausschließliches Nutzungsrecht eine höhere Vergütung zu zahlen als bei einem einfachen.[588]

Für ein lediglich einfaches Nutzungsrecht hingegen streitet, dass aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken zu § 137l UrhG eine restriktive Auslegung angezeigt ist.[589] Zudem könne der Zweck des § 137l UrhG so besser erreicht werden, weil der Urheber die Rechte so auch anderweitig vergeben könnte, ohne zunächst nach §§ 41 und 42 UrhG vorgehen zu müssen.[590] Außerdem sollen mit § 137l UrhG nicht künstlich Monopole zugunsten einzelner Verwerter entstehen, sondern es soll im Interesse der Allgemeinheit eine Öffnung der Archive erreicht werden.[591] Auch die Situation, dass der Urheber erst dann einen Vergütungsanspruch erwirbt, wenn der andere mit der Verwertung beginnt, spricht für die Übertragung nur einfacher Nutzungsrechte, denn sonst würde der Urheber seine Nutzungsrechte verlieren, ohne sie verwerten zu können, oder müsste im Rahmen des Rückrufs noch mit zeitlichen Verzögerungen rechnen.[592] Schließlich würde es im Fall des § 137l Abs. 1 S. 4 UrhG zu einem Widerspruch kommen, weil dem ursprünglichen Vertragspartner bei der Vergabe einfacher Nutzungsrechte ohnehin nur ein einfaches Nutzungsrecht zuzuschlagen wäre.

Nach alledem sprechen die besseren Argumente hier dafür, dass durch § 137l UrhG lediglich einfache Nutzungsrechte übertragen werden. Mit der Übertragung ausschließlicher Rechte ist aber weder dem Urheber noch der Allgemeinheit, sondern lediglich dem ursprünglichen Vertragspartner gedient. Ausschließliche Nutzungsrechte würden die Anwendbarkeit des § 137l UrhG mit der Verfassung in Konflikt bringen und die Zielsetzung verhindern.[593] Der gesetzgeberischen Intention wird ein Rechtsverlust beim Urheber nicht gerecht.

[586] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 38; *Frhr. Raitz v. Frentz/v. Alemann*, ZUM 2010, 38, 41.
[587] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 38; Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 25; *Czernik*, GRUR 2009, 913.
[588] *Berger*, GRUR 2005, 907, 911; *Spindler/Heckmann*, ZUM 2006, 620, 625; Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 25.
[589] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 56; dazu siehe im Einzelnen Abschnitt C.V.
[590] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 56; Mestmäcker/Schulze/*Scholz*, § 137l UrhG, Rn 23; *Ehmann/Fischer*, GRUR Int. 2008, 284, 287; *Spindler/Heckmann*, ZUM 2006, 620, 626.
[591] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 56.
[592] *Spindler/Heckmann*, ZUM 2006, 625; Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 22.
[593] Vgl. Abschnitt C.V.

3. *Kollektivierung*

Für den mit der Übertragungsfiktion einhergehenden Rechtsverlust an den Nutzungsarten erhält der Urheber bzw. Rechtsinhaber nach § 137l Abs. 5 UrhG einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung für die mit der neuen Nutzungsart verbundenen zusätzlichen Einnahmemöglichkeiten.[594] Der Anspruch tritt neben eine vertraglich vereinbarte Vergütung. Es handelt sich um einen gesonderten Anspruch, der dem Urheber oder Rechtsinhaber bzw. seinen Rechtsnachfolgern in jedem Fall gesichert sein soll und sich mit einem etwaigen vertraglichen Anspruch überlagert bzw. gegenüber diesem zurücktritt.[595] Hat der Urheber oder sonstige Rechtsinhaber eine Vereinbarung nach § 137l Abs. 3 UrhG mit dem Verwerter getroffen, besteht kein Bedürfnis mehr für den Anspruch, soweit die Vergütung angemessen ist.[596] Der Anspruch besteht insoweit bis zur Schwelle der Angemessenheit subsidiär zu einer vertraglichen Abrede. Er richtet sich gegen den Begünstigten der Rechtsübertragungsfiktion, d.h. den anderen nach § 137l Abs. 1 UrhG oder den Dritten nach § 137l Abs. 2 UrhG. Im Fall einer Weiterübertragung ist der ursprüngliche Vertragspartner nach § 137l Abs. 1. S. 4 UrhG nicht mehr weiter Vergütungsschuldner und die Haftung des ursprünglichen Verwerters entfällt, § 137l Abs. 5 UrhG.[597]

Die Entstehung des Anspruchs ist abhängig von der Nutzungsaufnahme durch den Begünstigten des § 137l UrhG, was erheblich vom Normalfall urhebervertraglicher Nutzungsrechtseinräumungen und § 32 UrhG abweicht.[598] Auf den Anspruch soll nach h.M. im Voraus nicht verzichtet werden können.[599] Denn für die Höhe der Vergütung gilt der Verweis des § 137l Abs. 5 S. 2 UrhG auf § 32 Abs. 2 und 3 UrhG. Dementsprechend ist eine im Geschäftsverkehr übliche und redliche Vergütung zu zahlen, soweit nicht ein Tarifvertrag eine Vergütungsregelung vorsieht.

Die Besonderheit des Anspruchs liegt in seiner Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit nach § 137l Abs. 5 S. 3 UrhG. Hierin liegt die kollektivistische Komponente des § 137l UrhG. Sie wurde erst auf Vorschlag des Rechtsausschusses des Bundestags in den Gesetzesentwurf aufgenommen.[600] Damit wird zwar dem urheberrechtlichen Grundsatz Rechnung getragen, dass der Urheber an allen Erlö-

---

[594] BT-Drs. 16/1828, S. 34.

[595] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 106; Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 83; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 58.

[596] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 104; Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 83.

[597] Ein Konflikt mit § 34 Abs. 4 UrhG, § 414 BGB kann hier unter Verweis auf die Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit des Anspruchs verneint werden. Das Insolvenzrisiko ist hier gemildert.

[598] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 83; *Klöhn*, K&R 2008, 77, 81.

[599] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 105; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger,* §137l UrhG, Rn 60; Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 90.

[600] BT-Drs. 16/5839, S. 46; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 61.

sen aus der Nutzung seiner Werke zu beteiligen ist, § 11 Abs. 2 UrhG.[601] Die politische Motivation dazu fußt aber auf der Sorge, ein Verwerter könnte anderenfalls eine neue Nutzungsart kostenfrei nutzen, wenn der Urheber oder seine Rechtsnachfolger nicht mehr ermittelbar sind.[602] Zuständig für die Durchsetzung des Anspruchs ist jeweils die Verwertungsgesellschaft, in deren Wahrnehmungsbereich der jeweilige Anspruch fällt.[603] Dabei wird die Wahrnehmungsbefugnis der Verwertungsgesellschaft gem. § 13c Abs. 2 UrhWahrnG gesetzlich vermutet, selbst wenn der Anspruch nicht zur Wahrnehmung an die Verwertungsgesellschaft übertragen worden ist. Dies bezieht sich aber nur auf die Aktivlegitimation.

Problematisch ist für die Verwertungsgesellschaften hier zweierlei. Zum einen handelt es sich bei dem Anspruch aus § 137l Abs. 5 UrhG dem Wesen nach um einen individuellen Vergütungsanspruch für die Erstverwertung. Verwertungsgesellschaften hingegen nehmen im System der Rechteverwertung typischerweise die Zweitverwertung sowie Zahlungen für gesetzliche Lizenzen wahr.[604] Die VG Wort beispielsweise nimmt nach ihrem Wahrnehmungsvertrag das öffentliche Vortragsrecht (§ 19 Abs. 1 UrhG) wahr und sammelt die Bibliothekstantiemen aus Verleihvorgängen (§ 27 Abs. 2 u. 3 UrhG) ein. Eine Verwertung anderer Rechte, die der Urheber eines Sprachwerks regelmäßig individuell wahrnimmt, z. B. das Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht (§§ 16, 17 UrhG) ist vom Wahrnehmungsvertrag nicht erfasst. Die Verwertung von Sprachwerken als E-Book hingegen, die von § 137l UrhG erfasst sein kann, stellt eine klassische Erstverwertung dar, die zunehmend mit der Printausgabe konkurriert. Dies zeigt sich auch an § 6 UrhWahrnG, der einen Wahrnehmungszwang der Verwertungsgesellschaft nur für solche Fälle statuiert, in denen der Berechtigte seine Rechte oder Ansprüche individuell nicht wirksam wahrnehmen kann. Davon sind einerseits Rechte umfasst, für die eine individuelle Rechtewahrnehmung von vornherein rechtlich ausgeschlossen ist, da das Gesetz dies so vorsieht, wie der oben genannte § 27 UrhG. Zugleich sind aber auch solche Rechte umfasst, die der Urheber nicht wirksam im Sinne des § 6 UrhWahrnG wahrnehmen kann. Für Sprachwerke ist hier z. B. die öffentliche Wiedergabe durch Funksendungen zu nennen.[605] Unbekannte Nutzungsarten im Anwendungsbereich des § 137l UrhG fallen weder unter die eine noch die andere Kategorie. Eine individuelle Wahrnehmung ist nicht rechtlich ausgeschlossen, da ja der Widerspruch möglich ist. Zugleich ist für vormals unbekannte Nutzungsarten auch nicht davon auszugehen, dass dem Urheber eine Individualverwertung unmöglich sein soll, wie das Beispiel E-Book zeigt. Diese wer-

[601] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 112.

[602] BT-Drs. 16/5839, S. 46; Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 90; Schricker/Loewenheim/*Reinbothe*, § 13c UrhWahrnG, Rn 8.

[603] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 114.

[604] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 90; *Berberich/Kilian*, ZUM 2013, 542, 546.

[605] Schricker/Loewenheim/*Reinbothe*, § 6 UrhWahrnG, Rn 10.

den mehrheitlich durch Verlage vertrieben. Zwar ist auch die Wahrnehmung von Erstverwertungsrechten gesetzlich nicht ausgeschlossen, wie § 13 UrhWahrnG zeigt. Betrachtet man aber die Wahrnehmungsverträge, ist diese Konstellation untypisch. Dementsprechend ist es wenig verwunderlich, dass *Jani* die Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit des Anspruchs nach § 137l Abs. 5 S. 3 UrhG als Systembruch einstuft.[606] Dies gilt auch deshalb, weil die Verwertungsgesellschaft nach § 13 UrhWahrnG für ihre Vergütungsansprüche Tarife zugrunde zu legen hat. Dementsprechend werden Verwertungsgesellschaften lediglich „schematische Vergütungslösungen anbieten können“[607]. Eine Prüfung, welche Gebühr im Einzelfall nach §§ 137l Abs. 5 S. 2, 32 Abs. 4 UrhG angemessen ist, wird für Verwertungsgesellschaften wohl praktisch kaum möglich sein.[608] Dementsprechend hat beispielsweise die VG Wort für die E-Book-Nutzung eine tarifliche Lösung gewählt. Für Belletristik und Kinder- und Jugendbuch wurde der Tarif auf 17-20 % des Nettoverlagserlöses und für wissenschaftliche und Fachliteratur auf 10-20 % des Nettoverlagserlöses festgesetzt.[609] Eine starre Lösung wurde hier aber nicht gewählt, sondern eine Anpassung der o. g. Sätze für Einzelfälle ermöglicht. Ferner ist auch zu bedenken, dass es sich in der Konstellation des § 137l UrhG gar nicht um die Wahrnehmung von Rechten handelt. Die Rechte sind mangels Widerspruch des Rechtsinhabers schon beim Verwerter gelandet und nicht etwa, wie bei der Kopierabgabe, ohnehin beschränkt. Lediglich der Anspruch auf die Vergütung ist hier von der Verwertungsgesellschaft durchzusetzen. Demnach unterliegt die Verwertungsgesellschaft auch keinem Abschlusszwang nach § 11 UrhWahrnG, da sie das zugrundeliegende Recht nicht wahrnimmt und der Anspruch auch nicht auf einer gesetzlichen Lizenz im Rahmen einer Schrankenregelung beruht.[610] Die Regelung des § 137l UrhG ist nach alledem ein Unikat, das sich nur schwerlich in das System der Verwertungsgesellschaft einfügt.

Ein weiteres Problem für die Durchsetzung des Anspruchs nach § 137l Abs. 5 UrhG besteht in der Frage, wie die Verwertungsgesellschaft von der Nutzungsaufnahme durch den Dritten informiert wird. Eine Unterrichtungspflicht wie bei § 32c UrhG besteht nicht.[611] Die Durchsetzung der Ansprüche ist insoweit davon

[606] Wandtke/Bullinger/*Jani,* § 137l UrhG, Rn 90.
[607] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 90.
[608] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 90; wohl auch Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 116.
[609] Vgl. § 3 (1) 1. a) der Bekanntmachung über die Festsetzung eines Tarifs zur Regelung der Vergütung von Ansprüchen nach § 137l Abs. 5 Satz 1 UrhG für zuvor in gedruckter Form verlegte Sprachwerke der VG WORT, abrufbar unter: http://www.vgwort.de/fileadmin/tarif_uebersicht/Tarif_137l_print_2010.pdf (Stand: Juni 2013).
[610] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 116.
[611] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 119; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 61.

abhängig, dass die Verwerter die Nutzungsaufnahme der Verwertungsgesellschaft mitteilen. Eine umfassende Recherchepflicht durch die Verwertungsgesellschaft fehlt, was eine Lücke darstellt, die mit der analogen Anwendung der §§ 54f oder 32a UrhG geschlossen werden könnte.[612] Kaum verwunderlich ist deshalb auch die Kritik, § 137l UrhG würde die „unausgesprochen optimistische Prämisse" unterstellen, dass „Verwerter die Vergütung bezahlen wollen, aber individuell nicht können"[613]. Es liegt also in den Händen des Verwerters, ob er sich dazu entschließt, den Urheber bzw. Rechtsinhaber oder eine Verwertungsgesellschaft von seiner Nutzungsaufnahme zu unterrichten. Dafür mag das Verlangen nach Rechtssicherheit sprechen, dagegen aber eine sonst wohl kaum zu erwartende Vergütungspflicht, wenn der Urheber entweder nicht auffindbar ist oder keine Kenntnis von dem Anspruch hat.[614] Im Verhältnis zu den Nutzern stellt § 13b Abs. 2 UrhG durch eine Wahrnehmungsvermutung sicher, dass die Verwertungsgesellschaft Ansprüche nach § 137l Abs. 5 UrhG auch für diejenigen Urheber wahrnehmen kann, mit denen kein Wahrnehmungsvertrag besteht.

Ein Sonderfall stellt sich dann, wenn der Urheber oder Rechtsinhaber auffindbar ist, den Widerspruch nicht oder nicht rechtzeitig erhoben hat und nun mit seinem Verwerter eine vertragliche Vereinbarung schließt. Hier würde sein Anspruch auf Verwertung grundsätzlich verwertungsgesellschaftspflichtig werden, da die Regelung § 137l Abs. 3 UrhG keine Anwendung mehr findet[615] und § 137l Abs. 5 S. 3 UrhG keine Differenzierung vornimmt. Im Vergleich zu § 137l Abs. 3 UrhG wird allerdings auch hier von einem Vorrang der Individualabrede auszugehen sein, und der Anspruch dürfte dann auch nicht verwertungsgesellschaftspflichtig sein.[616] Der Rechtsgedanke, dass eine individuelle Vergütung vorgeht, kommt bereits in § 137l Abs. 3 UrhG zum Ausdruck. Allein den Zeitpunkt der Vereinbarung zu einer anderen Regelung führen zu lassen, erscheint wenig sachgerecht.[617] Sowohl bei § 137l Abs. 3 UrhG als auch in dieser Konstellation greift die Übertragungsfiktion, das Widerspruchsrecht entfällt oder ist bereits verfallen. Zudem ergibt es ersichtlich keinen Sinn, einen individuell ausgehandelten Anspruch über einen Dritten, nämlich die Verwertungsgesellschaft, zu liquidieren. Beachtet man, dass gerade durch § 137l UrhG auch die Transaktionskosten gesenkt werden sollen, wäre es geradezu grotesk, diese mit der unnötigen Einbezie-

[612] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 119; a.A. Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 95, für den die mangelnde Benachrichtigungspflicht eine Konsequenz der Verwertungsgesellschaftspflicht darstellt; *Frhr. Raitz v. Frentz/v. Alemann*, ZUM 2010, 38, 43.

[613] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 61.

[614] *Frhr. Raitz v. Frentz/v. Alemann*, ZUM 2010, 38, 43.

[615] Vgl. Abschnitt C.III.4.e.

[616] a.A. wohl Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 96, wonach eine vertragliche Vereinbarung nach Ablauf des Widerspruchsrechts wohl nicht mehr möglich sein soll.

[617] So auch *Berberich/Kilian*, ZUM 2013, 542, 546, die insbesondere auf die Einschränkung der Privatautonomie rekurrieren.

hung der Verwertungsgesellschaft zu steigern. Dafür spricht auch, dass Zweck der Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit die Vermeidung von vergütungslosen Nutzungen sein sollte, wenn der Urheber nicht auffindbar ist.[618] Diese Konstellation ist hier aber gerade nicht gegeben. Hinzu kommt, dass die Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit durch die in der Regel tarifliche Ausgestaltung der Vergütung für den Urheber im Vergleich zu einer individuellen Wahrnehmung in der Regel nachteilig ist, weil sie dem individuellen Wert der Nutzung nicht Rechnung tragen kann.[619] Außerdem sind auch die Umverteilungseffekte der Verteilungspläne zu berücksichtigen.[620]

Dies führt nun zur weiteren Problematik, wie die Konstellation aufzulösen ist, in der Urhebern keine im Sinne von § 137l Abs. 5 S. 1 UrhG bzw. § 32 UrhG angemessene Vergütung zu zahlen ist, weil die Individualvereinbarung ungünstig verhandelt wurde. Das Ziel, dass dem Urheber oder Rechtsinhaber jedenfalls eine angemessene Vergütung zustehen und er nicht an eine individuell unangemessene Vereinbarung gebunden sein soll, verfolgen beide Vorschriften und tragen so der strukturellen Schwäche des Urhebers gegenüber den Verwertern Rechnung. Ob der gesamte Anspruch dann entweder aus § 137l Abs. 5 UrhG oder § 32 UrhG hergeleitet wird, steht allerdings zur Beantwortung aus. Einerseits liegt es nah, aufgrund der Sachnähe § 137l Abs. 5 UrhG anzuwenden und den Anspruch der Verwertungsgesellschaftspflicht zu unterwerfen, da der Rechtsinhaber den Anspruch geradezu synallagmatisch für den Rechtsverlust durch die Übertragungsfiktion erhält. Andererseits ist unter der oben bereits erörterten Argumentation kein ausreichender Grund ersichtlich, warum dieser Anspruch nun kollektiviert werden sollte. Es ist dem Urheber, der eine Vereinbarung mit seinem Verwerter schließt, dann jedenfalls auch zuzumuten, dieses Recht durchzusetzen, ohne eine dritte Partei einzuschalten. Zudem ist zu bedenken, dass eine Zersplitterung des Anspruchs in (zu niedrige) Individualvereinbarung und verwertungsgesellschaftspflichtigen Restanspruch unnötig ist.[621] Der Verwerter hätte nun einerseits an die Verwertungsgesellschaft und andererseits an den Urheber zu zahlen. Die Transaktionskosten würde dies sicherlich nicht senken, so wie sich auch die Verwertungsgesellschaft zunächst mit dem Urheber abstimmen müsste. Eine Verwertungsgesellschaftspflicht des Ergänzungsanspruchs ist daher nicht zielführend. Daher ist § 32 UrhG anzuwenden.

---

[618] BT-Drs. 16/5839, S. 46.

[619] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 85.

[620] *Berberich/Kilian*, ZUM 2013, 542, 546.

[621] a.A. wohl Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 95, 96, der einen parallelen vertraglichen und verwertungsgesellschaftspflichtigen Anspruch in der Konstellation des § 137l Abs. 3 UrhG für möglich hält.

4. *Opt-Out-Recht: Widerspruch nach § 137l Abs. 1 UrhG*

Die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen dem Urheber und dem anderen unbekannten Nutzungsrechte gelten als dem anderen ebenfalls eingeräumt, sofern der Urheber nicht widerspricht. Aufgrund des Wortlauts „gelten […] als [...] eingeräumt“ spricht die Gesetzesbegründung von einer Übertragungsfiktion.[622] Die Wirkung der Übertragungsfiktion ist abhängig von der Ausübung des Widerspruchsrechts des Urhebers. Das Widerspruchsrecht stellt daher eine Opt-Out-Möglichkeit gegenüber der gesetzlichen Rechtsfolge dar. Für den Widerspruch ist zwischen zwei Konstellationen zu unterscheiden, die vom jeweiligen Zeitpunkt des Bekanntwerdens der betreffenden unbekannten Nutzungsart abhängig sind. In der ersten Konstellation liegen der Vertragsschluss sowie das Bekanntwerden der unbekannten Nutzungsart vor dem 1.1.2008. In der zweiten Konstellation liegt der Vertragsschluss vor dem 1.1.2008, das Bekanntwerden der neuen Nutzungsart jedoch danach.

a. Widerspruchsberechtigter

Widerspruchsberechtigt ist der Urheber oder im Fall der Miturheber jeder der Miturheber gem. § 8 Abs. 2 S. 1 UrhG bzw. der oder die Rechtsnachfolger.[623] Bei Werkverbindungen steht das Widerspruchsrecht jedem Urheber für seinen Werkbeitrag zu.[624] Nicht widerspruchsberechtigt sind Rechtsinhaber, die ihre Rechte bereits an Dritte weiterübertragen haben. Dies ergibt sich bereits aus § 137l Abs. 2 S. 2 UrhG.

b. Widerspruchsfrist und Benachrichtigung

In der ersten Konstellation, d.h. der Vertragsschluss sowie das Bekanntwerden der unbekannten Nutzungsart liegen vor dem 1.1.2008, hatten Urheber ein Widerspruchsrecht von einem Jahr. Richtigerweise ist die Widerspruchsfrist damit am 31.12.2008 abgelaufen, §§ 187 Abs. 2 i. V. m. § 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB.[625] Der Widerspruch muss spätestens am 31.12.2008 zugegangen sein. In der zweiten Konstellation sieht § 137l Abs. 1 S. 3 UrhG vor, dass das Widerspruchsrecht des Urhebers nach Ablauf von drei Monaten nach Absendung einer Mitteilung des Rechtsinhabers an den Urheber über die Aufnahme der beabsichtigten Nutzung

[622] BT-Drs. 16/1828, S. 22, 33.

[623] h.M. Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 45; Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 52; Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 43; Mestmäcker/Schulze/*Scholz*, § 137l UrhG, Rn 25; Fromm/Nordemann/*J. B. Nordemann*, § 137l UrhG, Rn 31.

[624] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 50; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 45.

[625] h.M. Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 56; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 43; Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 53; *Frhr. Raitz v. Frentz/v. Alemann*, ZUM 2010, 38, 41.

an die ihm zuletzt bekannte Adresse des Urhebers endet. Da § 137l Abs. 1 S. 2 UrhG mit dem Absenden der Mitteilung ein Ereignis bestimmt, das die Frist auslöst, wird man der Sache nach von einer Ereignisfrist ausgehen müssen und den Tag der Absendung nach § 187 Abs. 1 BGB nicht mitrechnen dürfen. Formal muss die Mitteilung nach dem Gesetzeswortlaut abgesendet werden, woraus geschlossen werden kann, dass hier zumindest der Textform gemäß § 126b BGB eingehalten werden muss.[626] Inhaltlich ist die beabsichtigte Nutzung anzugeben, d.h. die Nutzungsart genau zu bezeichnen. Eine noch unbekannte Nutzungsart ist nicht mitteilbar.[627] Eine Belehrung des Rechtsinhabers, dass durch die Mitteilung eine Frist für ein Widerspruchsrecht ausgelöst wird, sieht das Gesetz nicht vor und ist daher auch nicht nötig.[628] Es liegt am Urheber selbst, sich über seine Rechte zu informieren und sich gegebenenfalls Rechtsrat einzuholen.[629] Als zuletzt bekannte Adresse ist nach h.M. mit Verweis auf die Beschlussempfehlung des Rechtsauschusses des Bundestags zu § 31a UrhG diejenige anzusehen, die der Rechtsinhaber von einer Verwertungsgesellschaft erfragen kann.[630]

c. Form und Adressat des Widerspruchs

Der Widerspruch ist formlos möglich und gegenüber dem anderen im Sinne des § 137l Abs. 1 S. 1, 2, Abs. 2 UrhG oder dem Erwerber zu erklären. Da der Widerspruch ein Gestaltungsrecht ist und durch eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung des Urhebers ausgeübt wird, finden die Vorschriften des BGB über die Willenserklärung Anwendung.[631] Demnach ist für die Auslösung der Rechtsfolgen, d.h. das Unterbinden der Übertragungsfiktion, gem. § 130 BGB erforderlich, dass der Widerspruch zugeht. Insofern besteht hier ein gewisses Maß an Ungleichbehandlung gegenüber dem Begünstigen, der seine Mitteilung lediglich

---

[626] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 62.

[627] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 60.

[628] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 56; a.A. Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 62, Analogie zu § 31a UrhG.

[629] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 56.

[630] BT-Drs. 16/5939, S. 44, 46; Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 60; Schricker/Loewenheim/*Katzen-berger*, § 137l UrhG, Rn 44; inwieweit die Recherchepflicht überhaupt datenschutzrechtlich durchsetzbar ist, ist bisher im Schrifttum nicht erörtert worden. Möglich ist dies entweder bei Einwilligung nach § 4 BDSG oder im Rahmen von § 28 Abs. 2 Nr. 2 a) BDSG. Für die VG Wort beispielsweise sieht der Wahrnehmungsvertrag in § 12 eine Einwilligung zur Weitergabe vor. Die Klausel ist allerdings unwirksam, da sie nicht drucktechnisch hervorgehoben ist sowie die Zwecke für eine Weitergabe nicht konkret bezeichnet sind. Sie verstößt damit gegen die Anforderungen des § 4a BDSG. Eine Übermittlung wird aber wohl gem. § 28 Abs. 2 Nr. 2 a) BDSG möglich sein, da sie zur Wahrung berechtigter Interessen eines Dritten, nämlich des Rechtsinhabers, nötig, mithin erforderlich ist. Ein schutzwürdiges Interesse des Urhebers steht dem nicht entgegen, da dieser gerade ein Interesse daran hat, über die Nutzungsaufnahme an seine aktuelle Adresse informiert zu werden.

[631] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 44; Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 46.

absenden muss. Für ihn kommt es auf den Zugang nicht an. Um dieses Ungleichgewicht zu vermeiden, wird vorgeschlagen, es genüge, wenn auch der Urheber seinen Widerspruch an die letzte bekannte Adresse des ursprünglichen oder jedes weiteren Rechtsinhabers absendet.[632] Insoweit soll § 137l Abs. 1 S. 3 UrhG analog gelten. Dagegen spricht, dass die Gesetzesbegründung im Falle des § 137l Abs. 2 UrhG gerade davon ausgeht, dass der Widerspruch dem Dritten, d.h. dem aktuellen Rechtsinhaber, gegenüber erklärt werden muss.[633] Es ist also zwingend ein Zugang der Erklärung nötig, § 130 Abs. 1 BGB. Für eine Analogie fehlt es daher schon an einer planwidrigen Regelungslücke. Vielmehr hat der Gesetzgeber hier wohl bewusst in Kauf genommen, dass der Urheber teilweise vor unlösbare Probleme gestellt wird, wenn er sich nun auf die Suche nach dem derzeitigen Rechtsinhaber begeben muss.[634]

Für den Fall, dass der Urheber oder Rechtsinhaber seinem ursprünglichen Vertragspartner den Widerspruch erklärt hat und dieser ihm den eigentlichen Widerspruchsadressaten nach § 137l Abs. 2 S. 1 u. 2 UrhG nicht mitgeteilt hat, statuiert § 137l Abs. 2 S. 2 UrhG ein gesetzliches Schuldverhältnis, das mit der Nicht-Mitteilung des Adressaten verletzt worden ist. Der ursprüngliche Vertragspartner macht sich schadensersatzpflichtig.[635] Zu berücksichtigen sind dabei immaterielle Interessen des Urhebers.[636] Eine unbekannte Nutzungsart könnte vom Urheber

[632] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 48, 54; *Kellerhals/Lehmkuhl*, ZUM 2010, 677, 680; a.A. Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 46; *Frhr. Raitz v. Frentz/v. Alemann*, ZUM 2010, 38, 40.

[633] BT-Drs. 16/1828, S. 34.

[634] Kritisch dazu bereits *Bohm/Schmidt-Hug*, Stellungnahme der Filmemacher zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft „Zweiter Korb" vom November 2006, S. 8, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014); Auch das Argument einer Ungleichbehandlung von Urheber und Begünstigtem greift nicht vollständig durch. Zu unterscheiden ist zwischen den beiden Konstellationen des § 137l UrhG. Die Erleichterung für Rechtsinhaber betrifft allein die Konstellation 2 und nicht die Konstellation 1, in der der Urheber von der Nutzungsaufnahme überhaupt nicht unterrichtet zu werden brauchte sowie mit ihrer Ein-Jahres-Frist eine umfangreiche Recherche durch den Urheber möglich gewesen ist. Nur für die Konstellation 2 kann überhaupt von einer Ungleichbehandlung auszugehen sein. Im Übrigen ist der Widerspruch ein Gestaltungsrecht, während die Erklärung der Nutzungsaufnahme nur eine rechtsgeschäftliche Handlung darstellt (vgl. *Medicus*, BGB AT I, Rn 197; MüKo BGB/*Gaier*, Vor § 346 BGB, Rn 8; Palandt/*Grüneberg*, § 413 BGB, Rn 4 f.). Für die Forderung, dass die Mitteilung des Widerspruchs an die zuletzt bekannte Adresse ausreiche, bleibt daher in Konstellation 1 kein ausreichendes Begründungspotential, vgl. Wandtke/Bullinger/*Jani*, §137l UrhG, Rn 46; Mestmäcker/Schulze/*Scholz*, § 137l UrhG, Rn 46; a.A. Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 54, wohl pauschal für beide Konstellationen; *Kellerhals/Lehmkuhl*, ZUM 2010, 677, 680.

[635] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 68.

[636] *Bohm/Schmidt-Hug*, Stellungnahme der Filmemacher zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft „Zweiter

aus verschiedenen Gründen überhaupt nicht gewünscht sein. Allerdings wird der Schadensersatzanspruch bei dieser Sachlage des Öfteren leerlaufen. Teilt der ursprüngliche Vertragspartner seinen Erwerber nicht mit, wird dies wohl auch damit zusammenhängen können, dass er nicht mehr existiert.[637] Dem Urheber würde dann das Haftungssubjekt fehlen.[638]

d. Widerspruchsrecht mehrerer Urheber oder Rechtsinhaber

Das Widerspruchsrecht ist gem. § 137l Abs. 4 UrhG eingeschränkt, wenn mehrere Werke oder Werkbeiträge zu einer Gesamtheit zusammengefasst sind, die sich in der neuen Nutzungsart nur unter Verwendung aller Werke oder Werkbeiträge angemessen verwerten lässt. Der Urheber oder Rechtsinhaber darf sein Widerspruchsrecht dann nicht entgegen den Grundsätzen von Treu und Glauben ausüben.

Die Regelung umfasst jedwede Konstellation, bei der Werke, Werkbeiträge oder sonstige Schutzgegenstände in irgendeiner Verbindung zusammengeführt wurden, aber nicht den Fall, dass die Zusammenfügung ermöglicht werden soll.[639] Erfasst sind die Fälle der §§ 8, 9 UrhG, aber auch losere Verbindungen. Für den Fall der Miturheberschaft wird aus § 137l Abs. 4 UrhG der Schluss gezogen, jeder Miturheber könne einzeln widersprechen.[640] § 137l Abs. 4 UrhG trifft aber keine Aussage dazu, wer widersprechen kann. Auch die Gesetzesbegründung enthält hierzu keine Aussage.[641] § 137l Abs. 4 UrhG betrifft nicht die Frage, wer den Widerspruch bei Werkverbindungen ausüben kann, sondern ob das Widerspruchsrecht überhaupt zulässig ist. § 137l Abs. 4 UrhG betrifft damit die Frage, ob der Widerspruch gegenüber dem anderen nach Treu und Glauben zulässig ist. Das

Korb" vom November 2006, S. 3, 10, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014).

[637] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 68, z. B. bei Insolvenz; *Bohm/Schmidt-Hug,* Stellungnahme der Filmemacher zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft „Zweiter Korb" vom November 2006, S. 3, 10, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014), mit Verweis auf die gängige Praxis im Filmbereich, für jede Filmproduktion eine eigene Gesellschaft zu gründen.

[638] Dagegen stellt sich in der Konstellation, bei der über die Nutzungsaufnahme vorher zu informieren ist, die Situation der Unerreichbarkeit des Vertragspartners nur, wenn der Urheber selbst nicht erreichbar ist. Nur in diesem Fall wird er seinen Adressaten nicht kennen, da ihn die Mitteilung nicht erreicht hat. Dies wird dann der Fall sein, wenn er weder dem ursprünglichen Vertragspartner noch einer Verwertungsgesellschaft seine aktuelle Adresse mitgeteilt hat. Dies ist ihm selbst anzulasten.

[639] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 99, 101; Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 76; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 49.

[640] *Heckmann*, S. 257.

[641] BT-Drs. 16/1828, S. 34, zu § 31a UrhG siehe S. 24.

Widerspruchsrecht steht den Miturhebern vielmehr nur gemeinschaftlich zu,[642] denn die Regelung soll verhindern, dass ein Urheber mit einer Blockadehaltung den anderen Urhebern Verwertungsmöglichkeiten nimmt.[643] Dies würde von vornherein unterlaufen, wenn jeder Urheber zunächst selbst widersprechen könnte.

Bei § 137l Abs. 4 UrhG hat es zwischen den Urhebern noch keinen Konsens über die Verwertung unbekannter Nutzungsarten gegeben. Für die Frage, wann die Ausübung des Widerspruchs wider Treu und Glauben einzuschätzen sein soll, ist daher eine restriktive Auslegung geboten.[644] Eine starre Beurteilung nach Mehrheitsverhältnissen ist von vornherein nicht sachgerecht. Sie würde die zu treffende Abwägungsentscheidung, die für eine Beurteilung nach Treu und Glauben notwendig ist, unberücksichtigt lassen.[645] Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass dem Urheber mit dem Widerspruch das letzte Mittel bleibt, um einen Eingriff in das verfassungsrechtlich garantierte Eigentumsrecht zu verhindern.[646] Jedenfalls muss durch den Widerspruch eine Verwertung einzelner Beiträge in angemessener Weise nur unter Verwendung aller Beiträge in der neuen Nutzungsart möglich sein. Davon wird stets auszugehen sein, wenn die Beiträge derart eng verknüpft sind, dass sie überhaupt nicht losgelöst voneinander verwertet werden können.[647] Dies ist etwa bei Tonträgern oder beim Film der Fall. Im Übrigen wird man das Augenmerk auf die Art der Verwertung in der neuen Nutzungsart legen müssen. Es kommt auf das Zielprodukt und den Einzelfall an, wobei zu berücksichtigen ist, welches Gewicht der Werkbeitrag hat und welche Auswirkungen ein Weglassen haben wird.[648] Schließlich muss auch der Ertrag aus der neuen Nutzungsart eine Rolle spielen.

e. Ausschluss des Widerspruchsrechts

Das Widerspruchsrecht nach § 137l Abs. 1 und 2 UrhG ist ausgeschlossen, wenn die Parteien eine ausdrückliche Vereinbarung über eine zwischenzeitlich bekannt gewordene Nutzungsart geschlossen haben. Parteien im Sinne dieser Bestimmung sind der Urheber, der andere nach Abs. 1 oder der Dritte nach Abs. 2. § 137l Abs. 3 UrhG erfasst den Fall, dass der Urheber oder Rechtsinhaber die Übertragungs-

---

[642] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 50, 78; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 45.

[643] BT-Drs. 16/1828, S. 34

[644] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 50, legt aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken gegen § 137l UrhG sogar eine Vermutung zugunsten der Zulässigkeit des Widerspruchsrechts nahe; a.A. *Czernik*, GRUR 2009, 913, 916.

[645] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 80; a.A. *Czernik*, GRUR 2009, 913, 916.

[646] *Schippan*, ZUM 2008, 844, 852; *Heckmann*, S. 256; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 50.

[647] *Czernik*, GRUR 2009, 913, 916.

[648] *Schippan*, ZUM 2008, 844, 852, Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 101.

fiktion akzeptiert und einzelvertraglich das Entgelt aushandelt. Damit zeigt der Urheber, dass er im Hinblick auf das Widerspruchsrecht nicht mehr schützenswert ist und es somit entfallen kann.[649] Der nun erworbene Vergütungsanspruch verdrängt den Anspruch nach § 137l Abs. 5 UrhG und ist nicht zwingend verwertungsgesellschaftspflichtig.[650]

f. Vorauseilender Verzicht

Für die Fälle, in denen keine Widerspruchsfrist läuft, mithin also noch gar kein Widerspruchsrecht besteht, weil die Nutzungsart unklar ist, stellt ein Pauschalverzicht für die Zukunft hingegen dieselbe Problematik dar, wie die Einräumung unbekannter Nutzungsarten für die Zukunft. Der Urheber soll vor einer übereilten Nutzungsrechtseinräumung geschützt werden, da er sie nicht überblicken kann.[651] Die h.M. lehnt einen Pauschalverzicht für die Zukunft daher ab und schlägt eine analoge Anwendung des § 31a Abs. 4 UrhG vor.[652] Dies erscheint angemessen, denn der Regelung wohnt der Schutzgedanke inne, mit dem der Pauschalverzicht gerade abgelehnt wird. Eine analoge Anwendung des § 31a UrhG auf § 137l Abs. 1 S. 3 UrhG dagegen ist sinnlos, weil die Frist dann gleich wäre. Hier muss die Frist schlicht abgewartet werden.

g. Sonstiger Ausschluss der Übertragungsfiktion

Die Übertragungsfiktion tritt nicht ein, wenn der Urheber zwischenzeitlich bekannt gewordene Nutzungsrechte einem Dritten eingeräumt hat, § 137l Abs. 1 S. 4 UrhG. Es geht ausschließlich um Rechtseinräumungen vor dem 1.1.2008.[653] Nach der Gesetzesbegründung soll in diese Vertragsverhältnisse nicht eingegriffen werden.[654] Die Übertragungsfiktion ist aber nicht in Gänze ausgeschlossen. Der Ausschluss gilt nur insoweit, wie auch eine Vereinbarung getroffen worden ist, und nur, wenn einem Dritten ausschließliche Nutzungsrechte eingeräumt worden sind.[655] Hat ein Dritter also einfache Nutzungsrechte eingeräumt bekommen, schlägt die Übertragungsfiktion diese auch ihrem Begünstigten zu.[656] Die Regelung führt schließlich dazu, dass der Begünstigte, wenn er sichergehen will, dass die Übertragungsfiktion greift, nach dem Rechtsinhaber der vormals unbekannten

---

[649] BT-Drs. 16/1828, S. 34.
[650] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 95; Fromm/Nordemann/*J. B. Nordemann*, § 137l UrhG, Rn 36, 39.
[651] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 61.
[652] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 50; Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 61.
[653] Dreier/Schulze/*Schulze*; § 137l UrhG, Rn 65; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 53.
[654] BT-Drs. 16/1828, S. 34.
[655] BT-Drs. 16/1828, S. 34.
[656] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 68; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 53.

Nutzungsart recherchieren muss. Sie bewirkt also gerade das, was die Regelung eigentlich verhindern möchte.[657]

h. Rechtsfolge bei Widerspruch

Widerspricht der Urheber nach § 137l Abs. 1 S. 1 UrhG, treten die Folgen der Übertragungsfiktion nicht ein. Der Widerspruch wirkt ex tunc, weil die Rechtsfolgen der Übertragungsfiktion nicht vorliegen. Es bleibt dann beim Status quo. Für die Verwertungsgesellschaftspflicht des Vergütungsanspruchs nach § 137l Abs. 5 UrhG bleibt kein Raum mehr.[658] Dafür spricht schon, dass der Anspruch einen Ausgleich für den mit § 137l UrhG einhergehenden Rechtsverlust darstellt, der bei Widerspruch nicht erfolgt ist. Auch ein Vergleich mit § 137l Abs. 3 UrhG führt zu diesem Ergebnis, da das Widerspruchsrecht dort entfällt und der Rechtsübergang durch die Vereinbarung und nicht durch die Übertragungsfiktion erfolgt. Schließlich kann der Urheber auch im Falle, dass er nach erfolgtem Widerspruch Nutzungsrechte für eine unangemessene Vergütung eingeräumt hat, nach § 32 UrhG vorgehen. Ein Grund für die Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit des Anspruchs besteht daher nicht.

5. Ergebnis

§ 137l UrhG findet auf den Zeitraum zwischen dem 1.1.1966 und dem 31.12.2007 Anwendung. Er betrifft Urheber, Lichtbildner, Verfasser wissenschaftlicher Ausgaben, Presseverleger, Tonträgerhersteller und auch Rechtsinhaber ausschließlicher Lizenzen. § 137l UrhG ist werkneutral ausgestaltet. Räumlich sind Verfügungen über das in Deutschland gewährte Urheberrecht erfasst. Die Rechtsfolge des § 137l UrhG besteht in einer Übertragungsfiktion und knüpft an die ursprüngliche Rechtseinräumung des Urhebers an einen Dritten sowie alle weiteren entsprechenden Rechtseinräumungen an. Die Voraussetzungen des § 137l UrhG für die Übertragungsfiktion sind unpräzise gehalten und müssen entsprechend dem ursprünglichen Parteiwillen ausgelegt werden. Dies gilt für die Frage, was „alle wesentlichen Nutzungsrechte" bedeutet, ebenso wie für das Merkmal „räumlich und zeitlich unbegrenzt". Entscheidend ist, ob die ursprüngliche Nutzungsrechtseinräumung bzw. der Lizenzvertrag eine umfassende Auswertung des Werks vorsah, die der gängigen Praxis in der jeweiligen Branche entsprach. Für den Umfang der Fiktion dient ebenfalls die ursprüngliche Abrede. Diese muss sich qualitativ und quantitativ fortsetzen. Aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken können nur

[657] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 70; Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 28; *Spindler/Heckmann*, GRUR Int. 2008, 271, 276.

[658] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 58; Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 83; *Czernik*, GRUR 2009, 913, 917; *Berberich/Kilian*, ZUM 2013, 542, 544; a.A. *Frhr. Raitz v. Frentz/v. Alemann*, ZUM 2010, 38, 43; unklar insoweit Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 104, 108.

einfache Nutzungsrechte fingiert werden. Die Kollektivierung des Modells liegt darin, dass die Übertragungsfiktion einen gesetzlichen, verwertungsgesellschaftspflichtigen Vergütungsanspruch begründet. Dies gilt unabhängig davon, ob die übertragenen Rechte zur Erst- oder Zweitverwertung gehören. Die Verwertungsgesellschaft dringt damit in das Terrain der Erstverwertung vor. Dies betrifft aber nur die Vergütung, nicht die Lizenzierung. Die Verwertungsgesellschaft ist über eine Nutzungsaufnahme nicht pflichtmäßig zu informieren. Es besteht auch keine Recherchepflicht, sodass für die Zahlung auf den guten Willen der Nutzer zu hoffen ist. Der Rechtsinhaber hat ein Widerspruchsrecht, um die Rechtsfolgen der Übertragungsfiktion auszuschließen. Darin liegt die Opt-Out-Möglichkeit des Modells. Die Widerspruchsfrist beträgt ein Jahr oder drei Monate, abhängig davon, ob die Nutzungsart am 1.1.2008 bekannt oder unbekannt war. Über eine Nutzungsaufnahme ist der Rechtsinhaber nur zu informieren, wenn die Nutzungsart nach dem 1.1.2008 bekannt wird. Der Widerspruch hat dem Begünstigten der Übertragungsfiktion zuzugehen. Bei mehreren Rechtsinhabern kann der Widerspruch nur gemeinschaftlich ausgeübt werden. Der einzelne Urheber kann dann den Widerspruch nicht wider Treu und Glauben verweigern. Dafür müssen die Interessen abgewogen werden. Eine vertragliche Abrede über bekannt gewordene Nutzungsarten schließt das Widerspruchsrecht aus.

IV. Dogmatische Einordnung

Im Folgenden wird das Regelungsmodell dogmatisch eingeordnet. Dabei wird insbesondere die Wirkungsweise des § 137l UrhG mit seiner Übertragungsfiktion untersucht. Diese stellt das Kernelement der Regelung dar. Konsequenzen ergeben sich aus dieser Einordnung insbesondere für den Zeitraum für Nutzungen bis zum Widerspruch.

1. *Grundlegendes zur Einräumungsfiktion*

Das Rechtsinstitut der Fiktion zeichnet sich nach allgemeinem Verständnis dadurch aus, dass eine Rechtsfolge bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen als eingetreten gilt. Im Unterschied zur gesetzlichen Vermutung nach § 292 ZPO ist die Fiktion nicht widerlegbar. Fingiert wird hier die Einräumung unbekannter Nutzungsarten. Insoweit ist der Terminus „Übertragungsfiktion" missverständlich, da sie eine translative Übertragung der Urheberrechte vorrausetzen würde.[659] Dies ist auf erster Stufe zwischen Urheber und einem anderen nicht möglich, sondern erst auf zweiter Stufe zwischen demjenigen, dem die Nutzungsrechte vom Urheber konstitutiv eingeräumt wurden, und einem Dritten (vgl. §§ 34, 35 UrhG). Von Übertragungsfiktion lässt sich daher richtigerweise erst auf

[659] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 16, der aber andernorts (Rn 35) von „Übertragungsvermutung" spricht; Schicker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 8.

dieser zweiten Stufe sprechen, auf erster Stufe müsste von Einräumungsfiktion zu sprechen sein. Da sich der Begriff der Übertragungsfiktion eingebürgert hat, wird er im Folgenden verwendet.

a. Schweigen als Willenserklärung und gesetzliche Lizenz

Die Abhängigkeit von Widerspruch und Übertragungsfiktion wird in der Gesetzesbegründung als gesetzliche Form des Schweigens als Willenserklärung dargestellt.[660] Diese Einschätzung teilt bereits der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzesentwurf nicht.[661] In der Literatur wird diese Ansicht als „abwegig" kritisiert, denn die Rechtseinräumung beruhe auf Gesetz und nicht auf dem Willen des Urhebers.[662] Das Schweigen bedeute im Kontext des § 137l Abs. 1 UrhG nur die Nichtausübung des Widerspruchsrechts und habe keinen Erklärungswert in Bezug auf die Nutzungsrechtseinräumung.[663] Daher stellt § 137l Abs. 1 UrhG nach überwiegender Auffassung eine gesetzliche Lizenz dar, wobei teilweise sogar eine Rückwirkung auf den Vertragsschluss propagiert wird.[664]

Charakteristisch für eine gesetzliche Lizenz ist, dass die Nutzung erlaubnisfrei ist, zugleich aber ein gesetzlicher Anspruch des Urhebers auf angemessene Vergütung besteht, der verwertungsgesellschaftspflichtig ausgestaltet sein kann.[665] Da das Selbstbestimmungsrecht des Urhebers mit gesetzlichen Lizenzen entwertet wird, sind sie nur dann legitim, wenn man den Verwertern nicht zumuten kann, die Nutzungsrechte von einer Verwertungsgesellschaft zu erwerben.[666] Im Unterschied dazu ist dem Urheber bei der Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit nur die individuelle Wahrnehmung von Ansprüchen entzogen. Eine kollektive Wahrnehmung findet hingegen nicht statt, da damit auch der Abschlusszwang des § 11 UrhWahrnG einherginge.[667] Mit der Verwertungsgesellschaftspflicht soll der Verwerter entlastet werden, um nicht einer Vielzahl von Ansprüchen ausgesetzt zu

[660] BT-Drs. 16/1828, S. 33.
[661] BT-Drs. 16/1828, S. 45,
[662] *Berger*, GRUR 2005, 907, 910; *Frey/Rudolph*, ZUM 2007, 13, 22; *Schmidt-Hern*, ZUM 2008, 927, 933.
[663] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 18; *Berger*, GRUR 2006, 907, 910; *Spindler/Heckmann*, ZUM 2006, 620, 624; *Frey/Rudolph*, ZUM 2007, 13, 22; *Schmidt-Hern*, ZUM 2008, 927, 932.
[664] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 17, 19, für eine Rückwirkung auf den Vertragsschluss; Mestmäcker/Schulze/*Scholz*, § 137l UrhG, Rn 10; *Berger*, GRUR 2005, 907, 911; *Spindler/Heckmann*, ZUM 2006, 620, 625; *Czernik*, GRUR 2009, 913; *Frhr. Raitz v. Frentz/v. Alemann*, ZUM 2010, 38, 42; a.A. wohl Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 54; *Katzenberger*, ZUM 2010, 563, 572 (Fn 142), bloßer „Rechtserwerb des Begünstigten von Gesetzes wegen".
[665] §§ 27 Abs. 2, 3; 49 Abs. 1 S. 3; 52a Abs. 4; 52b S. 3, 4; 53a Abs. 2; 54h UrhG.
[666] *Schack*, Rn 437, 440.
[667] *Schack*, Rn 436.

sein bzw. Ansprüche zu bündeln.[668] Zugleich wird die Marktposition des Urhebers durch die Verwertungsgesellschaftspflicht gestärkt.[669]
Die Ansicht, dass § 137l UrhG eine gesetzliche Lizenz darstellt, überzeugt nicht. Selbst die Befürworter dieser Auffassung stellen klar, dass es im Unterscheid zur „normalen" gesetzlichen Lizenz eine Akzessorietät zum ursprünglichen Vertrag gebe.[670] Bereits dadurch wird in Abrede gestellt, dass es sich um eine gesetzliche Lizenz handelt, bei der sich die Zulässigkeit der Verwertung allein aus der gesetzlichen Anordnung ergibt. Auch widerspricht es der Dogmatik der gesetzlichen Lizenz, wenn § 137l Abs. 1 S. 1 UrhG eine Rechtshandlung fingiert. Bei einer gesetzlichen Lizenz ist eine solche Rechtshandlung denklogisch überhaupt nicht notwendig, denn die Nutzung ist von vornherein erlaubnisfrei.[671] Eine Einräumung von Nutzungsrechten ist aber nötig, anderenfalls bedürfte es keiner solchen Fiktion. Dies ist der klare Unterschied zur gesetzlichen Lizenz, bei der das Urheberrecht insoweit beschränkt ist und keine Gestattung durch den Urheber mehr nötig ist.

Gleichwohl ist der h.M. insoweit Recht zu geben, als sie davon ausgeht, dass der Rechtsverlust auf dem Gesetz beruht und nicht allein auf dem Verhalten des Urhebers. Der Rechtsverlust, den das Gesetz anordnet, ist allerdings an das Nichthandeln des Urhebers gekoppelt. Dies zeigt bereits der Gesetzeswortlaut „sofern der Urheber nicht […] widerspricht". Es ist insoweit, wie bereits dargestellt, tatbestandlich Voraussetzung für die Rechtseinräumung, aber nicht der Geltungsgrund für das Nutzungsrecht. Das Nichthandeln bzw. Schweigen stellt keine Einräumung der Nutzungsrechte dar, denn diese ordnet das Gesetz selbst an. Es bedeutet nur die Nichtausübung des Widerspruchsrechts.[672] Damit handelt es sich aber letztlich um einen Fall von Schweigen mit Erklärungswert nach dem Grundsatz *qui tacet, consentire videtur, ubi loqui debuit atque potuit*, wenn die Fiktion erst im Zeitpunkt des Ablaufs der Widerspruchsfrist greifen würde.[673] Geltungsgrund für die Nutzungsmöglichkeit ist zwar allein die gesetzliche Einräumung des Nutzungsrechts kraft Fiktion, fällt diese aber mit dem Ablauf der Widerspruchsfrist zusammen, würde ein Fall des normierten Schweigens vorliegen. Das Schweigen zieht dann seine rechtliche Bedeutung aus dem Unterlassen der Widerspruchs-

---

[668] Schricker/Loewenheim/*v. Ungern-Sternberg*, § 20b UrhG, Rn 28; Schricker/Loewenheim/*Loewenheim*, § 27 UrhG, Rn 21; *Schack,* Rn 436.
[669] *Rehbinder/Peukert*, Rn 499.
[670] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 18; *Czernik,* GRUR 2009, 913.
[671] Schricker/Loewenheim/*Melichar*, Vor § 44a UrhG, Rn 6.
[672] Zutreffend insofern Wandte/Bullinger/*Jani*, § 138l, Rn 18; gegen die Anknüpfung der Übertragungsfiktion allgemein an das Handeln des Urhebers: Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 9; *Berger*, GRUR 2005, 907, 910; *Frey/Rudolph*, ZUM 2007, 13, 22; *Schmidt-Hern*, ZUM 2008, 927, 932.
[673] BGH, MDR 1970, 136; Palandt/*Ellenberger*, Einf v § 116 BGB, Rn 8.

handlung, was ein Fall von Schweigen an Erklärungs statt bzw. normiertem Schweigen ist.[674]

b. Konstruktion sui generis

Für die genaue Einordnung der Regelung ist der Blick auf den Zeitraum der Widerspruchsmöglichkeit zu richten. Streitig ist dabei, ob im Zeitraum der Widerspruchsfrist nach § 137l Abs. 1 S. 1 oder S. 3 UrhG bereits ein Nutzungsrecht beim Begünstigten besteht. Gibt § 137l UrhG also die Möglichkeit, die Rechte lediglich wieder in ihren Ursprungszustand zurückzuführen, indem das Widerspruchsrecht ausgeübt wird, und ist bis dahin ein Rechtsverlust hinzunehmen, oder erlangt der Begünstigte ohnehin erst Nutzungsrechte, wenn das Widerspruchsrecht nicht ausgeübt worden ist?

i. Auflösende Bedingung

Nach der Ansicht, dass § 137l Abs. 1 UrhG eine gesetzliche Lizenz darstelle, wäre ein Rechtsverlust für die Zeit bis zum Widerspruch erfolgt, weil Nutzungsrechte mit Inkrafttreten des Gesetzes entstehen sollen.[675] Angeführt wird dazu, dass der Wortlaut des § 137l Abs. 1 UrhG der „der Nutzung […] widerspricht" lautet, sodass eine solche vorgesehen sei.[676] Das Widerspruchsrecht würde die gesetzliche Lizenz nur ex nunc beseitigen können. Dafür spricht, dass die gesetzliche Lizenz akzessorisch zum ursprünglichen Vertrag sein soll, aber nicht zum Widerspruchsrecht.[677] Setzt man also eine gesetzliche Lizenz voraus, beendet der Widerspruch die Lizenz, sodass der Rechtserwerb lediglich auflösend bedingt erfolgt.[678]

Gegen diese Ansicht spricht – zusätzlich zu den dargestellten Gründen gegen eine gesetzliche Lizenz –, dass sie sich mit § 137l Abs. 1 S. u. S. 3 UrhG nicht in Einklang bringen lässt. Sie geht davon aus, dass es sich um eine gesetzliche Lizenz handelt, die mit Inkrafttreten des Gesetzes wirkt. Die Einräumungsfiktion der Nutzungsrechte ist zwar auch hier per Gesetz angeordnet, setzt aber eine Handlung des Begünstigten voraus. Er muss dem Urheber die Nutzungsaufnahme mitteilen. Der Begünstigte würde so den etwaigen Lizenzbeginn selbst setzten können. Ein einmaliger Vorgang.

Ferner ist es auch nicht plausibel, dem Urheber ein Widerspruchsrecht einzuräumen, um ihm seine Rechte auch im Hinblick auf das Persönlichkeitsrecht zu wahren, ihn aber mit einem zwischenzeitlichen Rechtsverlust zu konfrontieren. Die Argumentation, dass der Widerspruch aus Gründen der Rechtssicherheit erst ex nunc wirke, vermag nicht zu überzeugen, denn Rechtssicherheit ist ohnehin

[674] Palandt/*Ellenberger*, Einf v § 116 BGB, Rn 8; MüKo HGB/*Karsten Schmidt*, § 342 HGB, Rn 113.
[675] *Berger*, GRUR 2005, 907, 911.
[676] *Frey/Rudolph*, ZUM 2007, 13, 22.
[677] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 17.
[678] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 55.

nur damit zu erreichen, dass der Begünstigte das Verstreichen der Widerspruchsfrist abwartet.
Schließlich zeigt auch die Gesetzesbegründung selbst, dass der Rechtserwerb erst nach Ablauf der Widerspruchsfrist eintritt. Mit der zwar unzutreffenden Argumentation, dass es sich um einen Fall des gesetzlich normierten Schweigens als Willenserklärung handele, zeigt der Gesetzgeber deutlich, dass Anknüpfungspunkt für die Übertragungsfiktion das Nichthandeln des Urhebers und nicht das Inkrafttreten des Gesetzes ist.[679]

Der Annahme einer gesetzlichen Lizenz unter auflösender Bedingung des Widerspruchs ist nach alledem nicht zu folgen. § 137l Abs. 1 UrhG ermöglicht zwar eine Nutzungsrechtseinräumung kraft gesetzlicher Fiktion, d.h. eine Lizenz kraft Gesetz. Dies ist aber nicht mit einer gesetzlichen Lizenz im Sinne der urheberrechtlichen Terminologie gleichzusetzen. Diese Ansicht ist eindeutig von den Interessen der Verwerter geprägt, da ihnen die Nutzungsmöglichkeit bereits zu einem früheren Zeitpunkt ermöglicht wird und ein nachträglicher Entfall aufgrund der Ex-nunc-Wirkung des Widerspruchs nicht möglich sein soll.

ii. Aufschiebende Bedingung

Nach einer Ansicht stellt die Einräumungsfiktion ein aufschiebend bedingtes Recht dar.[680] Demnach zeitigt auch hier die Übertragungsfiktion ihre Wirkung bereits ab dem 1.1.2008 sowie ab Mitteilung des Widerspruchsrechts im Fall von § 137l Abs. 1 S. 3 UrhG. Allerdings wirkt der Widerspruch hier ex tunc, sodass die Legitimation für Nutzungen durch die Übertragungsfiktion nachträglich entfallen würde.[681]

Zutreffend ist an dieser Ansicht, dass die Wirkung der Übertragungsfiktion von der Nichtausübung des Widerspruchsrechts abhängig gemacht wird. Dies entspricht dem klaren Wortlaut des Gesetzes „sofern der Urheber nicht […] widerspricht“, sowie der Gesetzesbegründung, die wie dargetan auch von diesem Zeitpunkt ausgeht. Die Argumentation über eine gesetzliche Lizenz ist hier nicht nötig.

Dafür spricht im Übrigen auch, dass der Urheber bzw. Rechtsinhaber derjenige ist, dem Rechte entzogen werden. Ihm bereits Rechte zu nehmen, ohne zumindest die Ausnutzung der Fristen zu gewähren, um sich beispielsweise nach geeigneten anderen Verwertern für die jeweilige Nutzungsart umzusehen, würde seine Position vollständig entwerten. Außerdem käme es möglicherweise dazu, dass der

---

[679] BT-Drs. 16/1828, S. 34.

[680] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 15; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 55; *Ehmann*/*Fischer*, GRUR Int. 2008, 284, 287 (die allesamt mit einer weniger grundrechtsintensiven, restriktiven Auslegung argumentieren).

[681] Dreier/Schulze/*Dreier*, § 137l UrhG, Rn 15; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 55; *Ehmann*/*Fischer*, GRUR Int. 2008, 284, 287.

andere verwertet und den Urheber damit in seiner Verhandlungsposition gegenüber anderen potentiellen Verwertern schwächt, weil das Werk bereits im Markt zugänglich ist.

iii. Bedingung

Grundsätzlich stellt sich aber die Frage, ob die Begriffe auflösende und aufschiebende Bedingung überhaupt passend sind. Denn Bedingungen sind durch den Parteiwillen in ein Rechtsgeschäft eingefügte Bestimmungen, die die Rechtswirkung des Geschäfts von einem zukünftigen Ereignis abhängig machen.[682] Hinsichtlich der neuen Nutzungsarten liegt überhaupt kein Rechtsgeschäft vor, denn dieses setzt mindestens eine Willenserklärung voraus.[683] Eine solche liegt aber weder durch das Inkrafttreten des Gesetzes noch durch das Absenden der Mitteilung im Rahmen des § 137l Abs. 1 S. 3 UrhG vor.[684] Vielmehr wird das Rechtsgeschäft der Nutzungsrechtseinräumung durch das Gesetz fingiert. Erst dadurch wird ein gesetzliches Schuldverhältnis begründet, da erst dann der Tatbestand einer maßgeblichen Rechtsnorm nach § 137l UrhG erfüllt wurde.[685] Inwieweit man eine Tatbestandsvoraussetzung als Bedingung bezeichnen möchte, ist fragwürdig.

Selbst wenn man den rechtsgeschäftlichen Charakter von Bedingungen außer Acht lässt und nur den Rechtsgedanken der §§ 158 ff. BGB heranzieht und auf die Übertragungsfiktion anwendet, passt die Kategorie nicht. Der bedingt Berechtigte erhält bereits eine Rechtsstellung, weil das bedingte Rechtsgeschäft tatbestandlich vollendet und gültig ist. Nur die Rechtswirkungen sind bis zum Eintritt oder Ausfall der Bedingungen in der Schwebe.[686] Ein solches Anwartschaftsrecht besteht aber nur, wenn bei einem mehrstufigen Erwerbsvorgang bereits so viele Erfordernisse erfüllt sind, dass von einer gesicherten Erwerbsposition gesprochen werden kann, die der andere an der Entstehung des Rechts Beteiligte nicht mehr einseitig zu beseitigen vermag.[687] Eine solche Rechtsposition erhält der Begünstigte im Rahmen des § 137l UrhG aber gerade nicht.[688] Weder gibt es einen mehrstufigen Erwerbsvorgang, noch ist es dem Urheber oder Rechtsinhaber unmöglich, diese Rechtsposition einseitig zu zerstören. Im Gegenteil: Erst das Verstreichen der Widerspruchsfrist führt zu einer gesicherten Rechtsposition.[689] Zudem ist dem

---

[682] Palandt/*Heinrichs*, Einf v § 158 BGB, Rn 1.
[683] Palandt/*Heinrichs*/*Ellenberger*, Überbl v § 104 BGB, Rn 2.
[684] Letztere ist lediglich eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung, Palandt/*Ellenberger*, Überbl. v. § 104 BGB, Rn 6.
[685] Palandt/*Grüneberg*, Überbl v § 311, Rn 5.
[686] Palandt/*Heinrichs*, Einf v § 158 BGB, Rn 9.
[687] Palandt/*Heinrichs*, Einf v § 158 BGB, Rn 9.
[688] a.A. Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn15.
[689] Anders wäre dies, wenn die Fiktion bereits vor Ablauf der Frist einträte, dann läge auch ein mehrstufiger Erwerbsvorgang vor.

Urheber durch § 137l Abs. 1 S. 4 UrhG gestattet, über seine Rechte weiter zu verfügen. Eine annähernd sichere Rechtsposition hat der andere daher zu keinem Zeitpunkt.

c. Zwangslizenz

Gleichwohl hinkt ein Vergleich der Konstruktion mit einer Zwangslizenz. Dort ist der Urheber verpflichtet, einem Werknutzer eine Verwertungsbefugnis gegen eine angemessene Vergütung zu erteilen.[690] Ihm wird die Abschlussfreiheit genommen. Ein Verbotsrecht verbleibt dem Urheber, soweit noch kein Lizenzvertrag abgeschlossen wurde.[691] Im Rahmen von § 137l Abs. 1 UrhG besteht kein Abschlusszwang mit dem ursprünglichen Vertragspartner aufgrund des Widerspruchsrechts. Sein Verbotsrecht gegenüber dem Begünstigten verliert der Urheber erst, wenn die Übertragungsfiktion greift. Zuvor kann individuell über das Recht verfügt werden. Die Zielrichtung der Zwangslizenz, eine mögliche Monopolstellung des Urhebers zu verhindern und das Versorgungsinteresse der Allgemeinheit an bestimmten urheberrechtlich geschützten Gütern sicherzustellen, entspricht dem Ziel des Hebens der Archivschätze des § 137l UrhG allerdings.[692]

d. Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit

Von einer bloßen Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit zu sprechen, würde für § 137l UrhG zu kurz greifen, da die Übertragungsfiktion außer Acht gelassen würde, bei der die Rechtseinräumung kraft Gesetz erfolgt. Zudem kann bei Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit das Verbotsrecht nur durch eine Verwertungsgesellschaft ausgeübt werden. Es wird deshalb als Ausübungsbestimmung im Sinne von Art. 11 Abs. 2 RBÜ verstanden und hat aufgrund von § 11 UrhWahrnG faktisch eine Zwangslizenz zur Folge.[693] Die Verwertungsgesellschaftspflicht besteht bei § 137l UrhG nicht per se, sondern erst, wenn der Widerspruch nicht ausgeübt wird. Nutzungsrechte erhält nur der ursprüngliche Vertragspartner des Urhebers; sie können nicht wie bei § 20b UrhG und § 13c UrhWahrnG aufgrund § 11 UrhWahrnG von jedem erworben werden. Zudem sieht § 13c Abs. 3 UrhWahrnG eine Fiktion vor, die mangels Widerspruchsmöglichkeit nicht zu widerlegen ist.[694]

---

[690] *Rehbinder/Peukert*, Rn 161.
[691] *Schack*, Rn 435.
[692] Schricker/Loewenheim/*Melichar*, § 42a UrhG, Rn 1; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 5 UrhG, Rn 78.
[693] Schricker/Loewenheim/*Melichar/Loewenheim*, § 44a UrhG, Rn 38.
[694] Dort sollen Blockadehaltungen vermieden werden, Schricker/Loewenheim/*Reinbothe*, § 13c UrhWahrnG, Rn 11.

e. Optionsrecht

Eine bisher unberücksichtigt gelassene Möglichkeit, die Einräumungsfiktion des Widerspruchsrechts zu kategorisieren, stellt das Optionsrecht dar. Das Optionsrecht ist grundsätzlich ein Recht, mit dem durch einseitige Erklärung ein Vertrag zustande gebracht wird.[695] Regelmäßig liegt dem Optionsrecht ein aufschiebend bedingter Vertrag oder ein langfristig bindendes Angebot zugrunde.[696] Vergleichbar ist das Optionsrecht mit § 137l UrhG insofern, als es ein Gestaltungsrecht begründet. Dies ist bei § 137l Abs. 1 UrhG mit dem Widerspruchsrecht zu vergleichen. Es fehlt aber sowohl an einem aufschiebend bedingten Vertrag, als auch an einem langfristig bindenden Angebot. Auch lässt sich ein gesetzliches Schuldverhältnis konstruieren, dieses gilt nach der hier vertretenen Auffassung aber erst, wenn das Widerspruchsrecht nicht ausgeübt wurde. Damit zeigt sich, dass das Widerspruchsrecht keine Option darstellt, denn das potentielle gesetzliche Schuldverhältnis wird durch die Ausübung gerade verhindert und nicht herbeigeführt.

2. *Ergebnis*

Keine der aufgeführten Kategorien passt für die Regelung des § 137l Abs. 1 UrhG. § 137l UrhG ist weder eine auflösend bedingte gesetzliche Lizenz noch ein aufschiebend bedingtes Recht. Rechtsverlust und Rechtserwerb durch die Übertragungsfiktion sind abhängig vom Widerspruchsrecht des Urhebers. Das Widerspruchsrecht ist Tatbestandsvoraussetzung der Übertragungsfiktion. Die Folge ist, dass während der Widerspruchsfrist eine gesetzliche Nutzungsrechtseinräumung nicht erfolgt. Der Verwerter hat abzuwarten, bis die Widerspruchsfrist abgelaufen ist. Erst nach Ablauf der Widerspruchsfrist erhält der andere Nutzungsrechte kraft gesetzlicher Fiktion. Daraus folgt der Erklärungswert des Schweigens des Urhebers bzw. Rechtsinhabers. Die Regelung ist eigener Art und besteht schwerpunktmäßig in einem Hybrid aus Fiktion und Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit. Nach Ablauf des Widerspruchsrechts wird das Verbotsrecht des Urhebers oder Rechtsinhabers gegenüber dem Begünstigten aufgehoben und mit dem verwertungsgesellschaftspflichtigen Anspruch ausgetauscht. Dies bedeutet eine Beschränkung des Urheberrechts, die den bisherigen Schrankenkategorien nicht zugeordnet werden kann und daher eine neue Kategorie darstellt.

V. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Die bisherige Darstellung von § 137l UrhG hat gezeigt, dass die Position des Urhebers durch die neu geschaffene Übertragungsfiktion mit Widerspruchsmöglich-

[695] Palandt/*Heinrichs*, Einf v § 145 BGB, Rn 23.
[696] Palandt/*Heinrichs*, Einf v § 145 BGB, Rn 23.

keit sowie die Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit geschwächt wird. Im Folgenden wird die Regelung des § 137l UrhG im Hinblick auf ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit beleuchtet.

Eine verfassungsgerichtliche Überprüfung der Vereinbarkeit von § 137l UrhG mit dem Grundgesetz hat bisher noch nicht stattgefunden. Eine zum BVerfG eingereichte Klage wurde nicht angenommen, da die Kläger ihre unmittelbare Betroffenheit nicht darlegen konnten und mangels vorheriger Anrufung der Fachgerichte den Subsidiaritätsgrundsatz nicht eingehalten hatten.[697] In der Sache rügten die Beschwerdeführer neben Angriffen auf die Streichung des § 31 Abs. 4 UrhG a.F. und §§ 88, 89 UrhG im Rahmen von § 137l UrhG eine Verletzung von Art. 14 GG und des Rückwirkungsverbots.

1. *Art. 14 GG*

a. Schutzbereich

Hinsichtlich seiner vermögenswerten Bestandteile, d.h. insbesondere der Verwertungsrechte, ist das Urheberrecht der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG zuzuordnen.[698] Es stellt eine vermögenswerte Position dar. Der Schutzbereich des Art. 14 GG enthält eine Bestands- und Institutsgarantie. Ausfluss der Bestandsgarantie ist, dass der Gesetzgeber Rechte, die er dem Urheber zugebilligt hat, nur dann nachträglich wieder beschneiden darf, wenn dies aufgrund sachlicher Gründe geschieht und im Übrigen verhältnismäßig ist.[699] Die Institutsgarantie bezieht sich auf die inhaltliche Ausgestaltung des Urheberrechts. Das Eigentum stellt ein normgeprägtes Grundrecht dar.[700] Dem Urheber müssen nach der Standardformel des BVerfG grundsätzlich die vermögenswerten Ergebnisse seiner schöpferischen Leistung zugeordnet werden, und ihm muss die Freiheit gegeben werden, in eigener Verantwortung darüber verfügen zu können.[701] Das BVerfG bezeichnet dies als Kern des Urheberrechts, betont aber zugleich, dass für die Institutsgarantie durch den Gesetzgeber nur ein Grundbestand an Normen gewährleistet werden muss, um das Recht als „Privateigentum" bezeichnen zu können. Innerhalb dieser Grenzen ist es am Gesetzgeber, „sachgerechte Maßstäbe festzulegen, die eine der Natur und der sozialen Bedeutung des Rechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherstellen"[702]. Dabei sind nicht nur die individuellen Be-

---

[697] BVerfG, ZUM 2010, 235, 240.

[698] BVerfG, GRUR 1972, 481, 483 – *Kirchen- und Schulgebrauch*; *Schack*, Rn 81 ff.; *Ulmer*, S. 116; *Dietz*, GRUR Int. 2006 1, 4; kritisch: *Metzger*, GRUR Int. 2003, Rn 9, 15; besonders herausgestellt ist der verfassungsrechtliche Schutz in Art. 162 BV.

[699] BVerfG, NJW 1972, 145, 146 – *Schutzfristverkürzung*.

[700] Im Unterschied zum „natürlichen Eigentum", vgl. *Schwartmann/Hentsch*, ZUM 2012, 759, 761.

[701] BVerfG, GRUR 1972, 481, 483 – *Kirchen- und Schulgebrauch*; NJW 1972, 145, 146 – *Schutzfristverkürzung*.

[702] BVerfG, GRUR 1972, 481, 483 – *Kirchen- und Schulgebrauch*.

lange des Urhebers, sondern auch Allgemeinwohlbelange zu berücksichtigen, sodass das Recht des Urhebers beschränkt werden kann.[703] Auch müssen dem Urheber nicht sämtliche denkbaren Verwertungsmöglichkeiten gesichert werden. Der Urheber hat zwar nach dem Inhalt der Eigentumsgarantie grundsätzlich einen Anspruch darauf, dass ihm der wirtschaftliche Nutzen seiner Arbeit zugeordnet wird, dies gilt aber nur, soweit nicht Gründen des gemeinen Wohls der Vorrang vor den Belangen des Urhebers zukommt.[704] Dass der Urheber an der Verwertung angemessen zu beteiligen ist, ist daher lediglich rechtspolitisches Ziel und nicht bereits verfassungsrechtlich geboten.[705] In bestimmten Fällen kann das Ausschließlichkeitsrecht daher auch zu einem bloßen gesetzlichen Vergütungsanspruch herabgestuft werden.[706]

b. Eingriff

Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 GG kann durch den Entzug einer Rechtsposition (Inhaltsbestimmung) oder durch die Beschränkung der geschützten Nutzung, Verfügung oder Verwertung (Schrankenbestimmung) sowie durch den Eigentumsentzug (Enteignung) erfolgen.[707] Im Rahmen des § 137l UrhG erfolgt der Eingriff in die Rechtsposition des Urhebers dadurch, dass sein Verwertungsrecht bezüglich unbekannter Nutzungsarten kraft Übertragungsfiktion dem Verwerter zuwächst. Er verliert seine individuelle Verwertungsmöglichkeit, wenn er nicht rechtzeitig Widerspruch ausübt. Das Verwertungsrecht wird durch den Anspruch auf eine angemessene Vergütung ersetzt, der allerdings zusätzlich verwertungsgesellschaftspflichtig ist. Das Urheberrecht wird daher im Hinblick auf die Verwertungsfreiheit neu bestimmt, es stellt im Regelungsbereich des § 137l UrhG kein Ausschließlichkeitsrecht mehr dar. Insofern handelt es sich um eine Inhaltsbestimmung.[708] Zugleich liegt in der Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit eine Schrankenbestimmung, wenn der Vergütungsanspruch über diese geltend gemacht werden muss.[709] Die Umgestaltung des Rechts greift in die Eigentumsposition des Urhebers ein,[710] aufgrund von § 137l Abs. 1 S. 4 UrhG aber nicht in bestehende Vertragsverhältnisse.

[703] BVerfG, GRUR 1972, 481, 483 – *Kirchen- und Schulgebrauch*; ZUM 2010, 235, 240.

[704] BVerfG, GRUR 1972, 481, 483 – *Kirchen- und Schulgebrauch*; NJW 1972, 145, 146 – *Schutzfristverkürzung*; NJW 1992, 1303, 1306; NJW 1992, 1307, 1308.

[705] *Schack*, S. 48.

[706] *Dietz*, GRUR Int. 2006, 1, 4.

[707] *Schwartmann/Hentsch*, ZUM 2012, 795, 761.

[708] So im Ergebnis auch *Schmidt-Hern*, ZUM 2008, 927, 929.

[709] Dies gilt nach hier vertretener Auffassung nicht, wenn der Urheber nach Eingreifen der Übertragungsfiktion selbstständig mit dem Verwerter eine Vergütung vereinbart hat, vgl. Abschnitt C.III.4.e.

[710] BVerfG, NJW 1972, 145, 146 – *Schutzfristverkürzung*.

Insoweit ergibt sich für das Modell eine im Vergleich mittlere Eingriffsintensität. Dies folgt aus der Einordnung der Eingriffsintensität der urheberrechtlichen Schranken nach dem Modell von *Melichar*[711] und sich hier aus der Übertragungsfiktion und der Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit zusammensetzt. Letztere stellt unter den Schranken des Urheberrechts den geringsten Eingriff dar und wird sogar teilweise nicht als Schranke qualifiziert.[712] Aufgrund der Übertragungsfiktion und der Aufhebung des Ausschließlichkeitsrechts gegenüber dem Begünstigten erhöht sich der Eingriff aber.

c. Rechtfertigung

i. Legitimes Ziel

Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist für Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG nach der Rechtsprechung nicht grenzenlos, aber durchaus erheblich.[713] Für die Umgestaltung des Eigentumsrechts ist stets erforderlich, dass sie durch Gründe des öffentlichen Interesses unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt ist.[714] Nicht ausreichend hingegen sind Schranken, die in keiner Beziehung zum Werk stehen.[715]

Die Zielsetzung des § 137l UrhG besteht nach der Gesetzesbegründung darin, die Medienarchive zu öffnen. Darin liegt ein öffentliches Interesse, weil die geschützten Werke so der Öffentlichkeit zugeführt werden können und diese teilweise aus den Rundfunkgebühren eines großen Teils der Bevölkerung finanziert worden sind. Sie werden damit wieder Teil des Kulturlebens. Anderenfalls würden sie wohl überwiegend nicht mehr genutzt werden, weil eine Nachlizenzierung praktisch nicht möglich ist. Hierin spiegelt sich die Sozialbindung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG. Die Sozialbindung ist geeignet, einen Rechtfertigungsgrund für eine Einschränkung darzustellen.[716] Das Maß und der Umfang der einem Eigentümer von Verfassungs wegen zugemuteten und vom Gesetzgeber zu realisierenden Bindung hängt davon ab, ob und in welchem Ausmaß das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und einer sozialen Funktion steht.[717] Je stärker der Einzelne auf die Nutzung fremden Eigentums angewiesen ist, umso weiter

---

711 Schricker/Loewenheim/*Melichar*, Vor §§ 44a ff. UrhG, Rn 6; Loewenheim/*Götting*, § 30, Rn 40 ff.
712 Schricker/Loewenheim/*Melichar*, Vor §§ 44a ff. UrhG, Rn 6; *Rehbinder/Peukert*, Rn 597.
713 BVerfG, NJW 1972, 145, 146 – *Schutzfristverkürzung*.
714 BVerfG, NJW 1979, 2029, 2031 – *Kirchenmusik*; ZUM 2010, 235, 237.
715 *Schwartmann/Hentsch*, ZUM 2012, 759, 763.
716 *Schmidt-Hern*, ZUM 2008, 927, 929.
717 BVerfG, VerwRspr 1980, 385, 390.

ist der Gestaltungsbereich des Gesetzgebers; er verengt sich, wenn dies nicht oder nur in begrenztem Umfang der Fall ist.[718]

ii. Geeignetheit

Die Geeignetheit der Regelung wurde von den Beschwerdeführern der unzulässigen Verfassungsbeschwerde in Abrede gestellt.[719] Zur Erreichung ihres Zweckes sei die Neuregelung ungeeignet, weil der Rechteverwerter frei über die neuen Nutzungsarten disponieren könne. Im Falle der Unrentabilität der neuen Nutzungsart für den Rechteverwerter werde er von einer Verwertung absehen. Nach dieser Argumentation käme es also dann nicht zur Öffnung der Archive, wenn sich diese nicht lohne.[720] Unberücksichtigt bleibt bei dieser Argumentation, dass hier lediglich ein Einzelfall hervorgehoben wird, der sich wohl kaum pauschalisieren lässt. In Gänze wird man davon ausgehen müssen, dass eine Verwertung unbekannter Nutzungsarten erfolgt, und dies auch mit wirtschaftlichem Erfolg. Dies zeigt der Erfolg von E-Books oder Streamingdiensten. Ist die Verwertung unlukrativ, macht das die Übertragungsfiktion nicht ungeeignet für den Zweck der Öffnung der Archive. Vielmehr ist es hier die Absatzgängigkeit des Werkes selbst, die eine lukrative Auswertung verhindert. Eine Verwertungspflicht oder Übertragungsfiktion nur zugunsten desjenigen, der bereit ist, das Werk auch zu verwerten, ist daher für die Verfassungsmäßigkeit nicht erforderlich.[721] Dies auch deshalb, weil nach hier vertretener Auffassung eine Übertragung ausschließlicher Nutzungsrechte nicht erfolgen sollte.[722] Der Urheber kann selbst einfache Nutzungsrechte an andere Verwerter einräumen.

iii. Erforderlichkeit

Der Eingriff ist nur dann erforderlich, wenn der Zweck nicht durch mildere, aber gleich effektive Mittel erreicht werden kann.[723] Insoweit wurde vor Einführung des § 137l UrhG auch ein Vertragsmodell mit einer Anbietungspflicht diskutiert.[724] Eine solche Regelung hätte jedoch zur Folge gehabt, dass gerade für Werke, bei denen kein Urheber mehr ausfindig gemacht werden kann, die Anbietungspflicht leerlaufen würde. Das Ziel der Öffnung der Archive wäre dementsprechend weniger effektiv erreichbar gewesen. Das in der Verfassungsbeschwerde vorgetragene Bedenken, dass die Übertragung einfacher Nutzungsrechte ausreiche, ist nach hier vertretener Ansicht bereits im Wege einer restriktiven Ausle-

---

[718] BVerfG, VerwRspr 1980, 385, 390.
[719] BVerfG, ZUM 2010, 235, 240.
[720] BVerfG, ZUM 2010, 235, 237; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 11.
[721] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 22; *Spindler/Heckmann*, ZUM 2006, 620, 623.
[722] Siehe Abschnitt C.III.2.b.i.
[723] Maunz/Dürig/*Grzesick*, Art. 20 GG, Rn 114.
[724] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 2.

gung zu erreichen. Eine Übertragung ausschließlicher Nutzungsrechte ist nach dem Gesetzeswortlaut nicht zwingend. Ferner kann damit auch der Argumentation entgegentreten werden, dass ohne Verwertungspflicht für den begünstigten Verwerter dieser keine Verwertung vornimmt, die Verwertung damit blockiert und dem Rechtsinhaber seinen Vergütungsanspruch vorenthält. Dem Urheber steht es dann frei, weitere einfache Nutzungsrechte zu vergeben.

iv. Angemessenheit

Die Inhalts- und Schrankenbestimmung muss angemessen sein. Sie darf den vom Eingriff Betroffenen nicht übermäßig oder gar unzumutbar belasten. Entscheidend ist das Verhältnis zwischen den Auswirkungen der Beschränkung und der Förderung der Allgemeinwohl-interessen, was im Rahmen einer Zweck-Mittel-Relation zu erörtern ist. Dabei geht das BVerfG seit jeher davon aus, dass ein Eingriff in die vermögenswerte Position des Urhebers, für die kein Vergütungsanspruch bestehen soll, verfassungswidrig ist.[725] Dies bedeutet aber nicht, dass das Ausschließlichkeitsrecht in jedem Fall durch bloße Vergütungsansprüche reduziert werden kann, da nach Grundentscheidung des BVerfG dem Urheber die Freiheit verbleiben muss, in eigener Verantwortung über seine Rechtsposition verfügen zu können.[726] Unberücksichtigt bleibt dabei die persönlichkeitsrechtliche Dimension des Urheberrechts. Zu berücksichtigen ist, dass das Eigentum die freie Entfaltung der Persönlichkeit ermöglicht. Daher hebt auch das BVerfG in seiner Standardformel „die Freiheit, in eigener Verantwortung darüber [das Urheberrecht] verfügen zu können", hervor.[727] Dies gilt umso mehr, wenn man den Gedanken des Urheberpersönlichkeitsrechts in die Erwägung einließen lässt. Das Urheberrecht schützt den Urheber nach § 11 UrhG in den geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk. Das Werk ist stets auch Ausdrucksform der Persönlichkeit seines Schöpfers. In den Verwertungsrechten spiegelt sich auch die ideelle Natur des Urheberrechts wider. Sie dienen dem Urheber dazu, über die Werknutzer und Werknutzungsarten zu entscheiden.[728]

Gerade hier greift § 137l UrhG ein. Er setzt der Freiheit des Urhebers, die Verwertung seines Werks in einer gewissen Form bzw. Nutzungsart zu bestimmen, Grenzen. Auch bezieht sich § 137l UrhG nicht wie die Schranken der §§ 44a ff. UrhG auf einige bestimmte Verwertungsrechte. Vielmehr erfasst die Übertragungsfiktion alle Verwertungsrechte für alle unbekannten Nutzungsarten. Anders als bei den Schranken der §§ 44a ff. UrhG nimmt § 137l UrhG dem Urheber nicht

[725] BVerfG, GRUR 1972, 481, 484 – *Kirchen- und Schulgebrauch*; BVerfG, NJW 1979, 2029, 2031 – *Kirchenmusik*.

[726] BVerfG, GRUR 1972, 481, 484 – *Kirchen- und Schulgebrauch*; BVerfG, NJW 1972, 145, 146 f. – *Schutzfristverkürzung*; ZUM 2010, 874, 880 – *Geräteabgabe für Drucker und Plotter*.

[727] BVerfG, GRUR 1972, 481, 484 – *Kirchen- und Schulgebrauch*.

[728] Schricker/Loewenheim/*v. Ungern-Sternberg*, § 15 UrhG, Rn 3.

nur bestimmte Verwertungsrechte, sondern alle Verwertungsrechte und auch die Befugnis, festzulegen, auf welche Nutzungsart sein Werk verwertet wird. Bei den Schranken der §§ 44a ff. UrhG hingegen liegt das Werk bereits in einer bestimmten Nutzungsart vor. Die Schrankenregelungen eröffnen Nutzungsrechte, aber keine Nutzungsmöglichkeiten.[729]

Mit § 137l Abs. 5 UrhG hat der Gesetzgeber dem Urheber für diesen Rechtsverlust durch die Übertragungsfiktion einen Vergütungsanspruch gesichert. Dieser sichert dem Urheber die vom BVerfG verlangte „Zuordnung des vermögenswerten Ergebnisses seiner Leistung", ist aber im Vergleich zu einem Vergütungsanspruch, hinter dem ein Verbotsrecht steht, eine Schwächung des Urhebers.[730] Probleme im Hinblick auf den Vergütungsanspruch ergeben sich allerdings dadurch, dass er an die Nutzungsaufnahme durch den Verwerter gekoppelt ist und zugleich keine Verwertungspflicht besteht. Insofern ist der Urheber für den Anspruch auf das Gutdünken des Verwerters angewiesen, die Nutzung aufzunehmen. Dies gilt allerdings nur dann, wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung von der Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte ausgeht. Reduziert man die Einräumungsfiktion dagegen auf das einfache Nutzungsrecht, verbleibt dem Urheber noch die Möglichkeit, individuelle Vergütungen durch die Einräumung einfacher Nutzungsrechte zu realisieren. Mit der hier vertretenen Auffassung stellt sich das Problem nicht. Geht man hingegen von einer Übertragungsfiktion ausschließlicher Nutzungsrechte aus, bleiben die Bedenken bestehen. Die Vergütung ist hier von der Nutzungsaufnahme abhängig.

Die Befürworter der Erforderlichkeit der Übertragung ausschließlicher Nutzungsrechte argumentieren damit, dass der Eingriff durch den Urheber selbst verschuldet sei, weil er sein Widerspruchsrecht nicht ausgeübt habe. Daraus folge, dass diejenigen, die den Widerspruch nicht ausüben, ohnehin kein Interesse an der Verwertung haben. Die mögliche Blockade durch die Nichtauswertung sei daher hinzunehmen und außerdem durch das Rückrufsrecht aus § 41 Abs. 2 UrhG auf zwei Jahre begrenzt.[731] Außerdem sei es eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der Rechtsstellung der Verwerter, wenn der Verwertungsanspruch nicht an die Nutzungsaufnahme geknüpft ist, weil diese sich dann mit Eingreifen der Übertragungsfiktion sofort Vergütungsansprüchen ausgesetzt sähen.[732] Diese Argumentation ist bei Berücksichtigung praktischer Gesichtspunkte kaum haltbar. Die Nicht-Ausübung des Widerspruchsrechts ist nicht gleichbedeutend damit, dass der Urheber kein Interesse an der Auswertung neuer Nutzungsarten hat. Vielmehr ist unzweifelhaft, dass Urheber nur deshalb nicht widersprechen, weil ihnen die Wi-

[729] *Schack*, Rn 494a.
[730] Schricker/Loewenheim/*Melichar*, Vor §§ 44a ff. UrhG, Rn 15.
[731] *Schmidt-Hern*, ZUM 2008, 927, 932.
[732] *Schmidt-Hern*, ZUM 2008, 927, 932.

derspruchsmöglichkeit unbekannt ist.[733] Eine Rechtfertigung über den Vergütungsanspruch ab Nutzungsaufnahme ist daher kaum ausreichend.

Eine restriktive Auslegung des § 137l UrhG ist auch deshalb geboten, weil der Eingriff unter Berücksichtigung der ideellen Interessen des Urhebers im Hinblick auf seine Freiheit, über die Verwertung bestimmen können, durch § 137l UrhG besonders stark eingeschränkt wird. Ein Urheberrechtsschutz, der sich allein nach dem Motto „dulde und liquidiere“[734] ausrichtet, lässt die Freiheitsgarantie aus Art. 14 GG unberücksichtigt.[735] Angemessen ist die Regelung daher nur, wenn zusätzlich die Sozialbindung des Eigentums für eine derartige Einschränkung streitet. Dass ein Interesse der Allgemeinheit besteht, ist unzweifelhaft. Ob es mit der Regelung des § 137l UrhG auch befriedigt wird, bleibt fragwürdig. Dies hat auch das BVerfG klargestellt und erklärt, dass sich erst durch die Anwendung und Auslegung zeigen wird, ob das Ziel der Öffnung der Archive erreichbar und die Rechtseinbuße des Urhebers gerechtfertigt ist.[736] Ohne eine Verpflichtung zur Verwertung ist dies kaum erreichbar. Lässt sich das Interesse der Allgemeinheit am Werkgenuss in neuer Nutzungsart nicht hinreichend sicher erreichen, wird man die Angemessenheit des Eingriffs in das Urheberrecht zwingend verneinen müssen. Eine Übertragung ausschließlicher Nutzungsrechte kann daher wohl nur dann angemessen sein, wenn der Werkverwerter zur Verwertung angehalten wird und das Allgemeininteresse am Zugang zum Werk auch befriedigt wird. Anderenfalls ist das Verhalten des Gesetzgebers im Hinblick auf die Einschränkung inkohärent[737] und unterminiert den Sinn, die Archivschätze der Allgemeinheit zugänglich zu machen. Um das Verwertungsinteresse der Allgemeinheit zu befriedigen, ist es erforderlich, den Begünstigten der Übertragungsfiktion unter Verwertungsdruck zu stellen. Dies kann aber nur dann gelingen, wenn der Vergütungsanspruch des Urhebers ipso iure mit der Übertragungsfiktion besteht, oder eine Verwertungspflicht besteht. Gleichermaßen wird man unter Berücksichtigung der Einschränkung der Freiheitsrechte und dem Interesse der Allgemeinheit an einer Verwertung auf unbekannte Nutzungsarten eine restriktive Auslegung des § 137l UrhG für angemessen halten dürfen, wenn der Urheber weiterhin einfache Nutzungsrechte vergeben darf, der Begünstigte also keine ausschließlichen Nutzungsrechte erhält.

---

[733] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 11.

[734] Vgl. §§ 74, 75, die Einleitung zum Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten vom 5. Februar 1794.

[735] Depenheuer/Peifer/*Schack*, S. 122, 133.

[736] BVerfG, ZUM 2010, 235, 240.

[737] Dies kann zu Verfassungswidrigkeit führen, wie die Diskussion im Glücksspielrecht gezeigt hat, vgl. BGH, MMR 2013, 329, 330 – *digibet*.

2. *Rückwirkung*

Bereits die Gesetzesbegründung spricht die Thematik des verfassungsrechtlich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und Vertrauensschutzprinzip abgeleiteten Rückwirkungsverbots an.[738] Ein solches liege aber nicht vor, weil das Gesetz nicht an den ursprünglichen Vertrag zwischen Urheber und Verwerter anknüpfe, sondern an die Nichtausübung des Widerspruchsrechts, was als Schweigen als Willenserklärung aufzufassen sei. Die Übertragung erfolgt jedoch kraft Fiktion aufgrund des Gesetzes und nicht aufgrund des Schweigens. Dadurch erlangt das Schweigen nur Erklärungswert, ohne eine Willenserklärung zu sein.

Nach der verfassungsrechtlichen Diktion ist grundsätzlich zwischen der verbotenen echten und der unter Umständen erlaubten unechten Rückwirkungen bzw. in der neueren Rechtsprechung zwischen der Rückbewirkung von Rechtsfolgen und tatbestandlichen Rückanknüpfung zu unterscheiden.[739] Eine echte Rückwirkung bzw. Rückbewirkung von Rechtsfolgen scheidet von vornherein aus. Die Wirkung des § 137l UrhG zielt auf die Zeit ab Inkrafttreten des Gesetzes am 1.1.2008, greift daher nicht nachträglich verändernd in die Vertragsbeziehung ein und legitimiert bereits geschehene Rechtsverletzungen.[740] Insoweit ist hier lediglich von einer unechten Rückwirkung bzw. tatbestandlichen Rückanknüpfung auszugehen. § 137l UrhG wirkt sich lediglich auf eine gegenwärtig noch nicht abgeschlossene Rechtsbeziehung zwischen Urheber und Verwerter aus, indem diese zum Anknüpfungspunkt für die Übertragungsfiktion gemacht wird. Durch die Übertragungsfiktion wird die Rechtsbeziehung im Hinblick auf unbekannte Nutzungsarten für die Zukunft neu geregelt. Eine solche unechte Rückwirkung bzw. tatbestandliche Rückanknüpfung ist immer dann nicht gerechtfertigt, wenn sie zur Erreichung des Gesetzeszwecks weder geeignet noch erforderlich ist, oder aber das schutzwürdige Vertrauen des Betroffenen entgegensteht.[741]

Das BVerfG geht in seinem Beschluss davon aus, dass mit einer Verletzung des Rückwirkungsverbots nicht argumentiert werden könne, weil hier nichts anderes gelte als für Art. 14 GG. Die Regeln der unechten Rückwirkung kämen nicht zur Anwendung, weil für den Entzug von Eigentumsrechten ohnehin Art. 14 GG spezieller sei.[742] Insofern ist für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit die bereits zu Art. 14 GG vorgetragene Argumentation maßgebend.

---

[738] BT-Drs. 16/1828, S. 34

[739] BVerfG, NJW 2010, 3629.

[740] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 15; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 9; Fromm/Nordemann/*J. B. Nordemann*, § 137l UrhG, Rn 21; *Ehmann/Fischer*, GRUR Int. 2008, 284, 287; *Spindler/Heckmann*, ZUM 2006, 620, 624; *Frey/Rudolph*, ZUM 2007, 13, 22.

[741] BVerfG, NJW 2010, 3629, 3631.

[742] BVerfG, ZUM 2010, 235, 240.

3. *Vereinbarkeit mit europarechtlichen Vorgaben*

Die InfoSoc-Richtlinie stellt in ihrem Art. 5 einen abschließenden Katalog für Schranken des Vervielfältigungsrechts und des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung auf. Die Mitgliedsstaaten dürfen also nur solche Ausnahmen und Beschränkungen einführen, die der Unionsgesetzgeber in der Richtlinie ausdrücklich zulässt. Dies stellt die Richtlinie in Erwägungsgrund 32 klar. Darüber hinaus muss jede Ausnahme oder Beschränkung dem Drei-Stufen-Test aus Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL standhalten.

Würde § 137l UrhG eine Schranke darstellen, weil der Urheber das Verbotsrecht gegenüber dem Begünstigten verliert und der Vergütungsanspruch des Urhebers verwertungsgesellschaftspflichtig wird, bedürfte es der Rechtfertigung aus Art. 5 InfoSoc-RL.[743] Der nationale Gesetzgeber wäre über die zulässigen Schrankenmöglichkeiten aus dem europäischem Recht hinausgegangen, was wohl der Regel entspricht und das Harmonisierungsvorhaben der InfoSoc-RL in diesem Bereich funktionslos werden lässt.[744] Wie unter Abschnitt C.IV. dargetan, ist die Regelung aber eigener Art und besteht schwerpunktmäßig in einem Hybrid aus Fiktion und Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit. Die Regelung reiht sich daher nicht in den Katalog der Schranken des Art. 5 InfoSoc-RL ein, sodass ein Verstoß mangels Anwendbarkeit nicht vorliegt.

4. *Verstoß gegen Konventionsrecht*

a. Formalitätenverbot, Art. 5 Abs. 2 RBÜ

Auch für den § 137l UrhG stellt sich die Frage, ob er mit dem Konventionsrecht, insbesondere dem Formalitätenverbot aus Art. 5 Abs. 1 RBÜ und gegebenenfalls dem Drei-Stufen-Test vereinbar ist. Der Anwendungsbereich des Formalitätenverbots ist nur dann eröffnet, wenn es sich um einen Sachverhalt mit Auslandsbezug handelt. Dieser Rückschluss folgt aus Art. 5 Abs. 3 RBÜ. Für die genauen Anforderungen, wann eine Diskrepanz zwischen Ursprungsland und dem Land, für das Schutz beansprucht wird, vorliegt, wird auf Abschnitt B.V.6 verwiesen. Für die Anwendbarkeit des § 137l UrhG darf das Ursprungsland nicht Deutschland sein. Dies ist im Rückschluss der Fall bei Erstveröffentlichung im Ausland, wenn das Werk noch nicht erschienen ist und sein Urheber kein Deutscher ist, oder bei Herstellern eines noch gar nicht oder in einem anderen Verbandsland noch nicht erschienen Films mit gewöhnlichem Aufenthalt oder Sitz außerhalb Deutschlands.

---

[743] Schricker/Loewenheim/*Melichar*, Vor §§ 44a ff. UrhG, Rn 13; Wandtke/Bullinger/*Lüft*, Vor §§ 44a ff. UrhG, Rn 5; *Reinbothe*, ZUM 2003, 42, 46.

[744] Dreier/Schulze/*Dreier*, Vor §§ 44a ff. UrhG, Rn 5; Wandtke/Bullinger/*Lüft*, Vor §§ 44a ff. UrhG, Rn 5.

b. Verstoß

Die Grundsätze zum Formalitätenverbot wurden bereits im Rahmen des GBS dargestellt. Auf die Ausführungen wird verwiesen. Im Rahmen des § 137l UrhG lässt sich zunächst feststellen, dass nicht der Genuss des Rechts von irgendeiner Formalität, insbesondere des Widerspruchs nach § 137l Abs. 1 S. 1 UrhG, abhängig gemacht wird. Denn die unbekannte Nutzungsart bzw. das Recht, das Werk auf diese Art zu nutzen, entsteht auch hier originär beim Urheber und nicht beim Lizenznehmer. Dies zeigt sich bereits daran, dass auch für Werke in Konstellation 1 die Übertragungsfiktion erst mit Ablauf der Frist greift. Für die Ausübung hingegen stellt sich dasselbe Problem wie beim GBS. Macht der Urheber nicht von seinem Opt-Out-Recht Gebrauch oder lizenziert er das Recht zwischenzeitlich weiter, kann er das Urheberrecht nicht mehr allein auf diese Nutzungsart nutzen.

Die Ausübung ist betroffen, weil der Urheber nach Fristablauf sein Recht verliert, die Nutzung des von § 137l UrhG Begünstigten zu unterbinden. Die Ausübung des Widerspruchs bzw. Opt-Out-Rechts ist notwendig, um dieses Recht ausüben zu können. Die Wirkung der Regelung ist unmittelbar auf das Urheberrecht gerichtet. Ein Verstoß gegen das Formalitätenverbot ist damit gegeben.[745] Ein anderes Ergebnis ergibt sich auch nicht daraus, dass die Verwertungsgesellschaftspflicht eine Ausübungsbestimmung im Sinne des Art. 11bis Abs. 2 RBÜ darstellt.[746] Dies ist bei § 137l UrhG anders, denn hier wird nicht nur der Vergütungsanspruch kollektiviert, sondern es werden darüber hinaus durch die Übertragungsfiktion Rechte an einen Dritten eingeräumt.

Die Rechtsfolge des Verstoßes wäre grundsätzlich, dass § 137l UrhG dort nicht angewendet werden kann, wo ein Konflikt mit der RBÜ in ihrem internationalen Anwendungsbereich besteht und eine konventionskonforme Auslegung nicht möglich ist.[747] Letzteres ist bei dem vorliegenden Verstoß gegen das Formalitätenverbot nicht denkbar, weil die gesamte Konzeption des § 137l UrhG auf das Widerspruchsrecht ausgerichtet ist. § 137l UrhG ist aber nicht von der RBÜ verdrängt, da es gegenüber der RBÜ und einem etwaigen Zustimmungsgesetz die jüngere und speziellere Regelung darstellt.[748] Die Rechtsfolgen ergeben sich allein aus der RBÜ bzw. aus TRIPS. Durch die Bezugnahme in Art. 9 TRIPS auf die RBÜ gelten die Maßgaben der Art. 1 bis 21 RBÜ mit Ausnahme von Art. 6*bis* RBÜ gleichermaßen.[749] Art. 64 TRIPS verweist dazu auf das Streitbeilegungsverfahren des GATT 1994 – zumindest für Vertragsstaaten des TRIPS-

[745] Im Ergebnis auch Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 26.

[746] Schricker/Loewenheim/*Melichar*, Vor §§ 44a ff. UrhG, Rn 38.

[747] Vgl. Abschnitt B.V.6.v; *Riesenhuber* ZUM 2003, 333, 339.

[748] a.A. Riesenhuber ZUM 2003, 333, 339 der davon ausgeht, dass die RBÜ bzw. das Zustimmungsgesetz bei internationalen Sachverhalten stets spezieller sei.

[749] *Schack*, Rn 885d.

Abkommens.[750] Dies erfolgt nach der Vereinbarung über Streitbeilegung (Dispute Settlement Understanding, „DSU"), welches bindender Bestandteil des WTO-Übereinkommens ist.[751] Die Überwachung der Erfüllung der Verpflichtungen aus TRIPS durch die einzelnen Mitgliedsländer nimmt der Rat für handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums wahr, Art. 68 TRIPS. Ernsthafte Konsequenzen drohen erst durch Einleitung des DSU-Verfahrens. Zuständig als Streitbeilegungsorgan ist nach Art. 2 Abs. 1 DSU zunächst der Dispute Settlement Body („DSB"), dessen Besetzung dem Allgemeinen Rat des WTO entspricht. Scheitern nach Beginn des Streitbeilegungsverfahrens bilaterale Verhandlungen (Art. 6 DSU), setzt der DSB auf Antrag einen Panel ein (Art. 2, 4 Abs. 7 DSU), der einen Bericht in Form eines Urteils erstellt und dem DSB zur Entscheidung vorlegt (Art. 12 DSU). Der Bericht gilt als angenommen, wenn nicht beide Parteien widersprechen oder eine Partei Rechtsmittel einlegt (Art. 16 Abs. 4 DSU). Im letzteren Fall hat der Appelate Body über den Panelbericht (Art. 17 Abs. 1 DSU) zu entscheiden. Er gilt als wirksam, wenn der DSB ihn nicht einstimmig ablehnt (Art. 17 Abs. 14 DSU). Inhaltlich enthält der Bericht stets eine Empfehlung, wie ein potentieller Verstoß zu beheben ist.[752] Die Parteien sind zur Umsetzung dessen verpflichtet (Art. 21 Abs.1 DSU). Anderenfalls drohen Konsequenzen, die zwar nicht in einer Vollstreckung bestehen, aber die Möglichkeit einer Kompensation oder der Aussetzung von Zugeständnissen vorsehen (Art. 21, 22 DSU).[753]

5. Ergebnis

Ein Verstoß gegen Art. 14 GG oder das Rückwirkungsverbot aus Art. 20 Abs. 3 GG besteht nicht, soweit § 137l UrhG restriktiv ausgelegt wird. Dem Urheber muss das Recht verbleiben, das Werk selbst weiter individuell zu verwerten. Dafür darf er nicht auf sein Widerspruchsrecht beschränkt werden, indem ursprünglichen Vertragspartnern ausschließliche Nutzungsrechte eingeräumt werden. Damit würde der Gesetzeszweck nicht erreicht und die Einschränkung des Urheberrechts vor dem Hintergrund der sie legitimierenden Allgemeinwohlinteressen inkohärent. Der Gesetzgeber ist nicht über die Schrankenmöglichkeiten der Info-Soc-RL hinausgegangen. Für den Anwendungsbereich der RBÜ, d.h. bei gewissen Auslandssachverhalten, besteht für § 137l UrhG aufgrund Verstoßes gegen das Formalitätenverbot die Möglichkeit der Einleitung eines DSU-Verfahrens.

[750] Art. XXII und XXIII des GATT 1994.

[751] Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, geregelt in Anhang 2 des WTO-Übereinkommens; abgedr. in BGBl. 1994 II, 1473, 1598 (engl.), 1643, 1749 (deutsch); BT-Drucks. 12/7655 (neu), 318 (deutsch) und 166 (engl.).

[752] *Dörmer*, GRUR Int 1998, 919, 921.

[753] *Weber/Moos*, EuZW 1999, 223, 231; *Sauer*, EuR 2004, 463, 468 zur Bindungswirkung von DSB-Entscheidungen.

VI. Profiteure

Das erklärte Ziel des § 137l UrhG ist die Öffnung der Archive. Profiteur der Norm ist daher nach der Intention die Allgemeinheit. Die Interessen der weiteren Akteure, nämlich der Urheber und der Verwerter, müssten dementsprechend nachrangig sein. Ob § 137l UrhG diesem Ziel auch gerecht wird und gerade die Allgemeinheit profitiert, hängt entscheidend von der Auslegung der Norm ab. Bereits an dieser Stelle muss festgehalten werden, dass die Allgemeinheit nur dann von der Öffnung der Archive profitiert, wenn für Urheber und Verwerter Anreize bestehen.

1. Urheber

Die Rechtsposition des Urhebers wird durch § 137l UrhG ganz eindeutig geschwächt. Dies zeigt bereits die Debatte um die verfassungsrechtliche Vereinbarkeit. Dem Urheber wird seine Entscheidungsfreiheit über sein Recht genommen, soweit er nicht rechtszeitig widerspricht. Die Widerspruchsfrist in der Konstellation des § 137l Abs. 1 UrhG ist nach überwiegender Ansicht als zu kurz empfunden worden. Der Widerspruch wird daher wohl eher die Ausnahme bleiben.[754] Dies zeigt sich auch daran, dass in dieser Konstellation nicht einmal eine Benachrichtigung über die Nutzungsaufnahme entsprechend § 137l Abs. 1 S. 3 UrhG zu erfolgen hat. Daneben ist für den Urheber noch zu berücksichtigen, dass sein Widerspruchsrecht durch § 137l Abs. 4 UrhG unter Umständen ausgehöhlt sein kann. Gerade im Filmbereich, wo an der Erstellung des Werks eine ganze Reihe von Urhebern beteiligt sind, werden in der Regel die Verwertungsinteressen der Mehrheit Vorrang vor den Empfindlichkeiten einzelner Urheber erhalten.[755]

Neben der Begrenzung der Entscheidungsfreiheit stellt der Austausch des Nutzungsrechts in einen bloßen Vergütungsanspruch für den Urheber einen Wertverlust dar. Der Anspruch auf eine angemessene Vergütung ist in der Regel weniger wert, weil die Möglichkeit des Verbots nicht mehr besteht und daher schwerer durchsetzbar ist.[756] Darüber hinaus ist der Urheber aufgrund der Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit des Anspruchs belastet, weil damit lediglich eine tarifliche Ausschüttung nach dem Gießkannenprinzip erfolgt und keine Zielschärfe besteht.[757] Der Anteil an den Einnahmen der Verwertungsgesellschaft liegt im

[754] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 43.

[755] Art. 14 Abs. 3 RBÜ, der bereits vier Kategorien von Filmurhebern benennt, die nach dem § 88 UrhG als vorbestehende Werke zu bezeichnen wären; zur Problematik der Urheberschaft am Film: *Poll*, ZUM 1999, 29 f.

[756] Schricker/Loewenheim/*Schricker/Loewenheim*, Einl, Rn 31; Schricker/Loewenheim/*Melichar*, Vor §§ 44a ff. UrhG, Rn 15.

[757] Vgl. Abschnitt C.III.3.

Einzelfall deutlich unter dem, was in einzelnen Fällen für die Online-Nutzung beispielsweise für Fachzeitschriften zu erzielen wäre.[758]

Eine weitere Schwächung des Urhebers geht mit der Aufdrängung des Haftungssubjekts einher. Hat der zunächst Begünstigte der Übertragungsfiktion nach § 137l Abs. 2 UrhG über die Rechte verfügt, so entfällt seine Haftung gegenüber dem Urheber und es haftet lediglich der neue Inhaber. Eine gesamtschuldnerische Haftung, wie bei § 34 UrhG, besteht hier nicht. Dem Urheber wird dementsprechend ein neues Haftungssubjekt aufgedrängt, ohne dass es dazu seiner Zustimmung bedarf. Zugleich verliert er sein altes Haftungssubjekt. Die Regelung führt also dazu, dass dem Urheber das Insolvenzrisiko des ursprünglichen Vertragspartners aufgebürdet wird.[759]

Gleichwohl ist es für den Urheber von Vorteil, dass § 137l UrhG ermöglicht, sein Werk im kulturellen Gedächtnis zu bewahren, indem die Überführung in neue Nutzungsarten ermöglicht wird. Zugleich, so wird argumentiert, müsste sich nunmehr für die Auslegung des Begriffs „unbekannte Nutzungsart" außerhalb des § 137l UrhG eine urheberfreundlichere Auslegung einstellen, denn die bisherige Auslegung des Begriffs durch den BGH war verwerterorientiert, um diesen unter Investitionsschutzgesichtspunkten Einnahmequellen zu sichern.[760] So stellte die DVD-Auswertung im Vergleich zur Videokassette nach Ansicht des BGH keine neue Nutzungsart dar, womit man den Investitionen der Verwerter Rechnung trug.[761] Nachdem nun mit § 137l UrhG eine Regelung greift, die ihnen die Verwertung sichert, ist der Investitionsschutzgedanke für die Auslegung des Begriffs „unbekannte Nutzungsart" nicht mehr tragfähig.[762] Für zukünftige Fälle müsste sich hier eine andere Entscheidungspraxis einstellen.

2. *Verwerter*

a. Profiteure in der Lizenzkaskade

§ 137l UrhG privilegiert mit seiner Übertragungsfiktion die Rechtsinhaber entlang der Lizenzkette. Unklar ist aber, wie weit sich die Regelung aufgrund von § 137l Abs. 2 UrhG in der Verwertungskette fortsetzt. Unproblematisch privilegiert § 137l UrhG Abs. 2 denjenigen Verwerter, der einen echten Buy-Out-Vertrag geschlossen hat.[763] Dies gilt insbesondere für Verlage, die sich jegliche Rechte an

---

[758] OLG Hamm, ZUM 2008, 598, 599, 602, 10 000 Euro für die Online-Verwertung eines Bandes einer Fachzeitschrift für Mathematik; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 11.

[759] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 97; *Spindler/Heckmann*, ZUM 2006, 620, 630.

[760] BGH, GRUR Int. 2006, 69 – *Der Zauberberg*; *Katzenberger*, ZUM 2010, 710, 712.

[761] *Bornkamm*, Stellungnahme zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft (BT-Drucks. 16/1828 und 16/262) vom 28.11.2006, S. 1, abrufbar unter: http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ (Stand: Juli 2014).

[762] *Katzenberger*, ZUM 2010, 710, 712.

[763] *Kellerhals/Lehmkuhl*, ZUM 2010, 677, 678.

einem Roman einräumen lassen, und für Rundfunkanstalten bei Eigen- und Auftragsproduktionen. Bei anderen Filmproduzenten, die die filmspezifischen Rechte von einem Verlag erwerben, ist bereits unklar, ob § 137l UrhG greift. Allerdings ist auch der Filmproduzent in der Regel nicht derjenige, der die Rechte letztlich auch verwertet, sondern er erwirbt sie nur durchgangsweise und gibt sie meist weiter.[764] Bei Auftragsproduktionen fürs Fernsehen werden den Sendeunternehmen dabei in der Regel alle Rechte eingeräumt.[765] Bei Kino-Produktionen erhalten die Sender nur die TV-Lizenz.[766] Die übrigen Rechte werden von den Produzenten in der Regel weiter aufgespalten.[767]

Nach § 137l Abs. 2 UrhG gilt die Übertragungsfiktion zugunsten desjenigen, dem der ursprüngliche Rechtsinhaber nach Abs. 1 „sämtliche" Nutzungsrechte übertragen hat. Die Regelung findet dabei auf alle weiteren Übertragungsvorgänge entsprechende Anwendung und begünstigt jeweils den Letzten in der Rechtekette.[768] Dazu ist wohl eine vollständige, translative Übertragung aller Rechte nötig, die der ursprüngliche Vertragspartner (im Beispiel der Verlag) erworben hatte.[769] Dafür spricht zum einen der Wortlaut des Gesetzes und der Gesetzesbegründung, dort heißt es „vollständig". Zum anderen würde der Dritte anderenfalls aufgrund der Übertragungsfiktion eine stärkere Rechtsposition erhalten, als bei rechtsgeschäftlicher Einräumung. Aufgrund von § 35 UrhG könnte er die ihm eingeräumten Rechte nur weiter einräumen, aber nicht übertragen, die kraft Übertragungsfiktion erhaltenen hingegen schon.[770] Unklar sei hier auch, ob das Widerspruchsrecht des Urhebers derart zersplittert, dass es gegenüber jedem Rechtsinhaber, der von § 137l Abs. 2 UrhG privilegiert wird, ausgeübt werden muss. Dennoch ist nach anderer Ansicht § 137l UrhG weit auszulegen.[771] Eine Übertragung aller Rechte für den jeweiligen Verwertungszweck an den Dritten solle genügen. Andere wenden zumindest für eine allumfassende und ausschließliche Unterlizenz Abs. 2 analog an.[772] Dafür spricht, dass bei gegenteiliger Auffassung eines vollständigen Inhaberwechsels der Dritte, der nur einen Teil der Rechte erhalten hat, diese nacherwerben müsste, also nicht von § 137l UrhG profitiert. Die Hebung der Archivschätze wäre hiermit behindert. Dies gilt vor allem für Rundfunkarchive,

[764] *Breinersdorfer*, ZUM 2007, 700.
[765] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 65; *Kreile*, ZUM 200, 364, 367.
[766] *Breinersdorfer*, ZUM 2007, 700.
[767] *Brauner*, ZUM 2004, 96, 98.
[768] Wandtke/Bullinger/*Jani*, §137l UrhG, Rn 64.
[769] BT-Drs. 16/1828, S. 34; Dreier/Schulze/*Schulze*, §137l UrhG, Rn 73 f.; Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 65; *Kellerhals*/*Lehmkuhl*, ZUM 2010, 677, 682.
[770] BT-Drs. 16/1828, S. 34; Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 23.
[771] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 34; Fromm/Nordemann/*J. B. Nordemann*, § 137l UrhG, Rn 32a.
[772] *Berger*, GRUR 2005, 907, 911; Mestmäcker/Schulze/*Scholz*, § 137l UrhG, Rn 49.

wenn bei Fremdproduktionen die Produzenten der Rundfunkanstalt nur gewisse filmische Rechte eingeräumt haben.

Die Auslegung ist ganz entscheidend davon abhängig, welche Interessen gefördert werden sollen. Vertritt man die enge, wortlautgetreue Auslegung, profitieren insbesondere die Verlage, weil diese oft mit einem Buy-Out-Vertrag ausgestattet sind. Von der gegenteiligen Auffassung profitieren Produzenten und Sendeunternehmen, die das Material verfilmt haben. Für die Bevorteilung Letzterer spricht der Gesetzeszweck, der darin liegt, die Werke zu verwerten und nicht einen bestimmten Akteur zu privilegieren.

Ganz gleich, wem in der Verwertungskette letztlich die Nutzungsrechte anwachsen, er profitiert am meisten. Denn erstens führt die Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit des Vergütungsanspruchs zu Kostenreduktion, weil bei mehreren Urhebern nur ein Anspruch besteht und nicht mit jedem einzelnen Urheber über die Vergütungshöhe verhandelt werden muss. Zweitens ist lediglich eine angemessene Vergütung angezeigt. Drittens haben die Verwerter für das dreimonatige Widerspruchsrecht lediglich an die letzte bekannte Adresse zu benachrichtigen und damit grundsätzlich keine Recherchepflichten zu erfüllen. Viertens kann sich derjenige, der alle Rechte weiterüberträgt, sogar einer Haftung für den Vergütungsanspruchs entledigen. Vollständige Sicherheit über den Eingriff der Übertragungsfiktion erhalten die Begünstigten aber bei vor dem 1.1.2008 bekannt gewordenen Nutzungsarten erst bei einer Recherche, weil sonst unter Umständen § 137l Abs. 1 S. 4 UrhG greift.[773]

b. Musikverwertung

Anders stellt sich die Situation im Bereich der Musikverwertung dar. Die Rechtevergabe der Komponisten und Textdichter erfolgt dort zwar auch in erster Linie an Musikverlage, die die Rechte zur weiteren Auswertung an die Tonträgerhersteller und andere Verwerter, wie Rundfunkunternehmen oder Konzertveranstalter, vergeben können.[774] Die Urheber (Komponisten und Textdichter) sind in der Regel bereits Mitglied bei der GEMA und haben ihre Rechte mittels Vorausabtretung eingeräumt. Die prioritätsältere Rechtseinräumung hat Vorrang, weil ein gutgläubiger Erwerb ausscheidet.[775] Die Einräumung der Nutzungsrechte an den Musikverlag läuft damit häufig ins Leere.[776] Die Musikverlage sind meist selbst Mitglied der GEMA und erhalten von dieser Tantiemen, obwohl sie keine Rechte in diese einbringen. Die Entlohnung erfolgt vielmehr für ihren Einsatz zur kom-

---

[773] Vgl. Abschnitt C.III.4.g.

[774] *Ventroni/Poll*, MMR 2002, 648, 652; *Grohmann*, GRUR 2008, 1058, 1059.

[775] BGH, ZUM-RD, 2009, 433, 436 – *Mambo No 5*; zuvor OLG München, ZUM 2006, 473, 477; *Grohmann*, GRUR 2008, 1058, 1059; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 137l UrhG, Rn 37; Fromm/Nordemann/*J. B. Nordemann,* § 137l UrhG, Rn 16.

[776] OLG München, ZUM 2014, 52; *Müller*, ZUM 2009, 121, 122.

merziellen Auswertung des Musikwerks.[777] Die Folge für § 137l Abs. 1 UrhG ist, dass die Musikverlage die Voraussetzung der Übertragungsfiktion „alle wesentlichen Nutzungsrechte" nicht erfüllen. Erforderlich wäre, dass die Rechtseinräumung einer für den Vertragszweck möglichst umfänglichen Auswertung des Musikwerks erfolgt. Für eine umfassende Auswertung eines Musikwerks müssten zumindest die Rechte zur (mechanischen) Vervielfältigung und Verbreitung, ferner der Sendung sowie der Aufführung und Wiedergabe, und schließlich die Online- und Multimediarechte eingeräumt worden sein.[778] Alle diese Rechte allerdings nimmt die GEMA nach ihrem Berechtigungsvertrag wahr.[779] Für den Anspruch des Urhebers hat dies die Konsequenzen, dass nun Schuldner des Anspruchs nach § 137l Abs. 5 UrhG die GEMA ist, sie ihn aber selbst durchsetzen müsste, weil der Urheber den Anspruch im Berechtigungsvertrag[780] überträgt. Der Urheber hätte dann zunächst einen verwertungsgesellschaftspflichtigen Anspruch gegen eine Verwertungsgesellschaft. Dies ist allerdings nichts weiter als ein Scheinproblem, denn der Anspruch ist von der Nutzungsaufnahme abhängig. Folglich wird die GEMA dem Anspruch nie ausgesetzt sein können, weil sie Rechte nicht selbst nutzt, sondern nur einfache Lizenzen vergibt.[781] Der Anspruch nach § 137l Abs. 5 S. 1 UrhG ist daher gegenstandslos. Er flammt auch nicht durch § 137l Abs. 2 UrhG gegenüber den Nutzern der GEMA wieder auf, weil diese nur einfache Lizenzen erhalten. Der Urheber wird demnach allein nach dem Verteilungsplan vergütet, der dem Urheber in Ansehung von § 137l Abs. 5 UrhG aber eine angemessene Vergütung für die Verwertung sichern muss.[782]

3. *Allgemeinheit*

Das Interesse der Allgemeinheit besteht in der Lösung des Archivproblems. § 137l UrhG begünstigt nicht zwingend diejenigen Verwerter, die den Werkzugang tatsächlich ermöglichen, und zwingt auch die Begünstigten nicht dazu, dass sie die ihnen über die Übertragungsfiktion erhaltenen Rechte auch verwerten müssen.[783] Hinzu kommt, dass im Hinblick auf Bestände von anderen Gedächtnisinstitutionen als Rundfunkarchiven § 137l UrhG überhaupt nicht anwendbar ist. Hier nämlich liegt überhaupt keine rechtsgeschäftliche Verknüpfung zwischen Rechtsinha-

[777] *Grohmann*, GRUR 2008, 1059, 1060; wie dies für den Verlagsbereich zu sehen ist, beschäftigt die Gerichte derzeit im Verfahren Vogel gegen VG Wort, OLG München, ZUM 2014, 52, 63. Die Entscheidung des BGH steht bei Redaktionsschluss noch aus.

[778] *Grohmann*, GRUR 2008, 1059, 1060.

[779] Vgl. § 1 lit m) des GEMA Berechtigungsvertrags, Stand: 23.9.2010.

[780] Vgl. § 1 lit m) des GEMA Berechtigungsvertrags, Stand: 23.9.2010.

[781] Man könnte sich freilich auch auf den Standpunkt stellen, dass die Lizenzierung schon eine Nutzung darstellt. Für die Lizenzierung fällt aber keine Vergütung an, sondern nur für das Nutzungsrecht aufgrund der Vergütung.

[782] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG, Rn 116.

[783] *Klöhn*, K&R 2008, 77, 82; *Spindler/Heckmann*, GRUR Int. 2008, 271, 276.

ber und Einrichtung vor, an die § 137l UrhG aber anknüpft. Für die Allgemeinheit ist der Wert von § 137l UrhG damit beschränkt.

4. *Ergebnis*

Von der Regelung des § 137l UrhG profitieren diejenigen Verwerter, die einen echten Buy-Out-Vertrag abgeschlossen haben. Ihr Ziel der Öffnung der Archive zugunsten der Allgemeinheit und Sendeunternehmen erreicht die Regelung nur, wenn sie entsprechend weit ausgelegt wird. Grundsätzlichere Tendenzen ergeben sich im Bereich der kollektiven Wahrnehmung. § 137l Abs. 5 UrhG erweitert den Wahrnehmungsbereich der Verwertungsgesellschaften. Traditionell ist Aufgabe der Verwertungsgesellschaften die Wahrnehmung der Zweitverwertungsrechte, während die Erstverwertungsrechte individuell wahrgenommen werden. § 137l UrhG differenziert dabei nicht. In der Literatur wird deshalb zutreffend eine Aufhebung der Trennung zwischen individueller und kollektiver Rechtewahrnehmung für die Erst- und Zweitverwertung beklagt.[784] Mit dem Anspruch aus § 137l Abs. 5 UrhG nehmen die Verwertungsgesellschaften auch Ansprüche aus der Erstverwertung wahr. Dies führt dazu, dass Verwertungsgesellschaften Ansprüche einer Gruppe ihrer Mitglieder (Urheber) gegen eine andere (Verwerter) durchsetzen müssen, was bei der Festlegung der Vergütungshöhe zu Spannungen führt.[785]

VII. Zusammenfassung

§ 137l UrhG wurde geschaffen, um das Archivproblem zu lösen. Der beschränkte Anwendungsbereich ist auf die Lösung dieser Problemlage zugeschnitten. Der Regelungsmechanismus orientiert sich an der ursprünglichen Abrede zwischen Urheber und Verwerter und setzt sich analog in der Lizenzkette fort. Die Regelung schlägt dem ursprünglichen Verwerter mittels Übertragungsfiktion Rechte zu, was der Urheber mit seinem Widerspruchsrecht verhindern konnte und kann. Darin liegt der Opt-Out-Mechanismus der Regelung. Erst nach Ablauf der Widerspruchsfrist erhält der ursprüngliche Vertragspartner Nutzungsrechte kraft gesetzlicher Fiktion. Dem Schweigen des Urhebers oder Rechtsinhabers zum Ablauf der Widerspruchsfrist kommt damit Erklärungswert zu. Die Regelung ist ein Hybrid aus Fiktion und Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit. In Letzterer liegt die Kollektivierung der Regelung. Die verschiedenen Auslegungen des § 137l UrhG führen zu einem unterschiedlichen Umfang in Anwendungsbereich und Rechtsfolgen. Ein Verstoß gegen Art. 14 GG oder das Rückwirkungsverbot aus Art. 20 Abs. 3 GG besteht nicht, soweit § 137l UrhG restriktiv ausgelegt wird. Von der Regelung

[784] *Czychowski*, GRUR 2008, 580, 588; *Sprang/Ackermann*, K&R 2008, 7, 10; Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 90, spricht von einem Systembruch.

[785] Wandtke/Bullinger/*Jani*, § 137l UrhG, Rn 90, 93; *Sprang/Ackermann*, K&R 2008, 7, 10; *Berberich/Kilian*, ZUM 2013, 542, 544, vgl. auch OLG München, ZUM 2014, 52.

des § 137l UrhG profitieren jedenfalls diejenigen Verwerter, die einen echten Buy-Out-Vertrag abgeschlossen haben. Im Übrigen kommt es auf die Auslegung an. § 137l Abs. 5 UrhG erweitert den Wahrnehmungsbereich der Verwertungsgesellschaften auf den Bereich der Erstverwertung, was zu erheblichen Problemen bei der Tarifbildung führen kann.

D. Modell 3: Richtlinie Orphan Works

I. Entstehung und Problemlage

Als Orphan Works bzw. verwaiste Werke werden solche Werken bezeichnet, deren Rechtsinhaber nicht mehr auffindbar sind. Nach einer Analyse des britischen Department for Business, Innovation and Skills vom Juni 2012 sind ca. 20 % der Werke in britischen Museen, Archiven und Bibliotheken verwaist, wobei die Verwaisung von der Werkkategorie abhängig ist.[786] Der Börsenverein des Deutschen Buchhandels geht dagegen davon aus, dass in Deutschland bei weniger als 5 % der urheberrechtlich geschützten Bücher in Bibliotheksbeständen die Verlagsrechte nicht bei einem existierenden Verlag liegen.[787] Mangels Ermittlung des Rechtsinhabers ist es nicht möglich, das verwaiste Werk neuen Nutzungsmöglichkeiten zuzuführen, beispielsweise die Bereitstellung von Filmen in Rundfunkbibliotheken in einer Online-Mediathek oder die Digitalisierung eines Buches und dessen Bereitstellung in einer Online-Bibliothek. Die Verwaisung eines Werks hat zur Folge, dass die erforderliche Zustimmung des Rechtsinhabers nicht eingeholt werden kann. Der potentielle Verwerter hat daher nur zwei Möglichkeiten: Er kann entweder den urheberrechtlichen Schutz des Werks ignorieren und das Werk verwerten und sich damit potentiellen Verletzungsansprüchen aussetzen, oder er versucht, diesem Risiko mit einer Recherche nach dem Rechtsinhaber zu begegnen. Damit sind hohe Kosten verbunden und der Erfolg ist ungewiss.[788] Findet er den Rechtsinhaber nicht, kann er sich wiederum entscheiden, ob er das Risiko eines nachträglichen Auftauchens in Kauf nimmt und verwertet, oder ob er auf die Verwertung verzichtet und die Kosten der Recherche verfallen lässt.

---

[786] *Department for Business, Innovation and Skills*, Impact Assessment BIS 1063 „Orphan Works", S. 9, 10, 15.6.2012, abrufbar unter: http://www.ipo.gov.uk/consult-ia-bis1063-20120702.pdf (Stand: Juli 2014).

[787] *Sänger*, Stellungnahme des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels zum Vorschlag einer Richtlinie über die Nutzung verwaister Werke, 10.8.2011, S. 1, abrufbar unter: http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Stellungnahme_Verwaiste_Werke_2011.pdf (Stand: Juli 2014).

[788] *Department for Business, Innovation and Skills* geht von ca. 47 bis 115 GBP pro Buch aus, Impact Assessment BIS 1063 „Orphan Works", S. 9, 10, 15.6.2012, abrufbar unter: http://www.ipo.gov.uk/consult-ia-bis1063-20120702.pdf (Stand: Juli 2014).

1. *Entstehung der Regelung*

Die Regelung des Problemkreises der sogenannten verwaisten Werke wurde auf europäischer Ebene zunächst im Rahmen der Initiative „i2010 – Eine europäische Informationsgesellschaft für Wachstum und Beschäftigung" erörtert.[789] In einer Mitteilung aus dem Jahr 2009 stellte die Kommission als weiteren Schritt ihre Absicht, zu einer gesetzlichen Lösung zu kommen, klar.[790] Ende 2009 schlug eine von der EU-Kommission eingesetzte Expertenkommission vor, die einzelnen Mitgliedsstaaten eine Regelung schaffen zu lassen, die eine kommerzielle und nicht-kommerzielle Nutzung verwaister Werke gegen ein Entgelt zulässt, auf alle Werktypen Anwendung findet und bei der eine Klassifizierung als verwaistes Werk eine sorgfältige Suche in gutem Glauben nach dem Rechtsinhaber im Herkunftsland des Werks stattzufinden hat. Ferner sollten „best practice"-Guidelines mit sektorspezifischen Suchkriterien aufgestellt werden.[791] Erst im Jahr 2011 präsentierte die Kommission einen Richtlinienvorschlag[792] für den Umgang mit verwaisten Werken sowie ihre Gesamtstrategie[793] für die Errichtung eines echten Binnenmarktes für geistiges Eigentum. Der Richtlinienvorschlag stellt eine der Schlüsselaktionen der Initiative „Eine digitale Agenda für Europa" der EU-Kommission dar, die aus einer Leitinitiative des EUROPA 2020 hervorging.[794] Der im Juni 2012 zwischen Rat und Parlament ausgehandelte Kompromiss[795] wurde am 13.9.2012 vom Europäischen Parlament angenommen.[796] Am 4.10.2012 gab der Rat der Europäischen Union seine Zustimmung.[797] Die Richtlinie über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke (RLOW) wurde am 27.10.2012 im Amtsblatt des Europäischen Parlaments veröffentlicht und trat am 28.10.2012 in Kraft.[798] Mit dem Gesetz zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzesvom 1. Oktober 2013 hat die Richtlinie mit Wirkung zum 1.1.2014 in §§ 61 bis 61c und § 137n UrhG Eingang in das deutsche Urhebrrecht gefunden.[799] Auf die entsprechenden Regelungen des UrhG wird im Abschnitt III in den Fußnoten Bezug genommen.

---

[789] KOM (2005) 229, S. 12; zunächst ging es um die Schaffung einer digitalen Bibliothek.
[790] KOM (2009) 532 vom 19.10.2009, S. 6, 7.
[791] *High Level Expert Group on Digital Libraries*, i2010 Digital Libraries Initiative, „Digital Libraries: Recommendations and Challenges for the Future" (Final Report, December 2009), S. 4.
[792] KOM (2011) 289; zusätzlich legte die Kommission als Begleitdokument eine Folgenabschätzung zum grenzüberschreitenden Online-Zugang zu verwaisten Werken vor, SEK/2011/616.
[793] KOM (2011) 287, S. 16.
[794] KOM (2010) 245, S. 11; KOM (2010) 2020.
[795] *Europäische Kommission* - MEMO/12/421.
[796] 2011/136 (COD), Legislative Entschließung vom 13.9.2012.
[797] Pressemeldung der Kommission 14456/12.
[798] RL 2012/28/EU, ABl L 299/5, Art. 11.
[799] BGBl. I S. 3728, Jahrgang 2014, Nr. 59 vom 8.10.2013.

2. *Problemlage*

Ziel der Richtlinie ist die Schaffung eines Rechtsrahmens zur Erleichterung der Digitalisierung und Verbreitung urheberrechtlich geschützter Werke, deren Rechtsinhaber unbekannt sind oder nicht ausfindig gemacht werden können.[800] Dahinter steht das Ziel der Europäischen Kommission, das bereits in der „EUROPA 2020"-Strategie festgelegt wurde, den freien Austausch von Wissen und Innovation im Binnenmarkt zu fördern.[801] Dabei steht vor allem die von der EU-Kommission vorangetriebene Digitalisierung von Bibliotheks- und Archivbeständen im Mittelpunkt, zu der auch der Rechtsrahmen für verwaiste Werke seinen Beitrag leisten soll.[802]

Für die Digitalisierung und öffentliche Zugänglichmachung urheberrechtlich geschützter Werke ist die vorherige Zustimmung des Rechtsinhabers erforderlich. Dies ist in der InfoSoc-RL verankert.[803] Auch bei verwaisten Werken ist eine Zustimmung einzuholen.[804] Dies ist kaum möglich, weil der Rechtsinhaber nicht oder nur mit erheblichem Kostenaufwand ermittelt werden kann.[805] Komplexer und damit teurer wird die Suche nach dem Rechtsinhaber bei audiovisuellen Werken, bei denen die Zustimmung einer Vielzahl von Rechtsinhabern erforderlich ist.[806] Bei Fotografien stellt sich das Problem, dass in der Regel sowohl der Name des Lichtbildners als auch das Datum der Entstehung unbekannt sein wird.[807] Die enormen Such- bzw. Transaktionskosten behindern daher den Zugang zu den Werken.[808]

Eine Lösung dieser Problematik war vor der Richtlinie aufgrund der Regelungen der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vom 22.5.2001(InfoSoc-RL) nicht möglich, weil die Regelungen der Art. 5 Abs. 2 c) und Abs. 3 n) eine Nutzung verwaister Werke nicht im erforderlichen Maß zulassen. Lediglich eine Wahrneh-

[800] RL 2012/28/EU, Erwägungsgrund 3.

[801] RL 2012/28/EU, Erwägungsgrund 2, KOM (2010) 2020, S. 16.

[802] RL 2012/28/EU, Erwägungsgrund 1, KOM (2010) 287, S. 16.

[803] Vgl. Kapitel 2, Abschnitt B.II.1.a.

[804] RL 2012/28/EU, Erwägungsgrund 6, 7.

[805] *Vuopala*, Assessment of the Orphan works issue and Costs for Rights Clearance, 2010, S. 12, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc /reports_orphan/anna_report.pdf (Stand: Juli 2014).

[806] *van Gompel/Hugenholtz*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2012-10 (2012), S. 3.

[807] *Pfennig*, Stellungnahme der EVA zum Public Hearing on Orphan Works European Commission, 26.9.2009, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works (Stand: Juli 2014).

[808] *Vuopala*, Assessment of the Orphan works issue and Costs for Rights Clearance, 2010, S. 12 f., abrufbar unter: http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc /reports_orphan/anna_report.pdf (Stand: Juli 2014).

mung über die Verwertungsgesellschaften wurde als mit der Richtlinie vereinbar angesehen, da sie in ihrem Erwägungsgrund 18 ausdrücklich feststellt, dass die Verwaltung von Rechten durch die Verwertungsgesellschaften nicht berührt wird.[809] Die Zielsetzung der Richtlinie geht daher dahin, einen europäischen Rechtsrahmen für die Nutzung verwaister Werke zu schaffen und sie im kulturellen Erbe zu erhalten, der Öffentlichkeit zugänglich zu machen und für diejenigen Einrichtungen, die eine solche Nutzung ermöglichen, Rechtssicherheit zu gewährleisten.[810]

II. Interessenlage

1. Interesse der Urheber

Die Urheber verwaister Werke haben keine Lobby. Eine Interessenwahrnehmung fand im Gesetzgebungsprozess der Richtlinie durch die Interessenverbände der Urheber statt.[811] Inwieweit diese dort wirksam Einfluss genommen haben, lässt sich zumindest dem Abschlussbericht der öffentlichen Anhörung zu verwaisten Werken vom 26.10.2009 nicht entnehmen.[812] Dort werden nur die Positionen der Bibliotheken und Betreiber von Internetsuchmaschinen und -archiven auf der einen und von Verlagen und Verwertungsgesellschaften auf der anderen Seite dargestellt. Bei Betrachtung der Teilnehmer an der öffentlichen Anhörung lässt sich lediglich das European Writers Council (EWC) eindeutig den Urhebern zuordnen. Die Mehrzahl der Teilnehmer waren entweder Bibliotheken[813], Verbände von Intermediären[814] wie den großen europäischen Verlagshäusern, oder Verwertungsgesellschaften.[815] Die Position des EWC geht dabei dahin, zwar die grundsätzliche Frage der Digitalisierung von verwaisten Werken ohne Zustimmung des Urhebers zuzulassen, insbesondere um diese zu konservieren.[816] Dies gelte aber

---

[809] RL 2001/29/EG, Erwägungsgrund 18; *Steinhauer*, GRUR-Prax 2011, 288.

[810] RL 2012/28/EU, Erwägungsgrund 3.

[811] Vgl. die am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Verbände und dazu das Public Hearing on Orphan Works der EU-Kommission vom 26.9.2009, Teilnehmerliste einsehbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works/ (Stand: Juli 2014).

[812] Vgl. die am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Verbände und dazu das Public Hearing on Orphan Works der EU-Kommission vom 26.9.2009, Teilnehmerliste einsehbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works/ (Stand: Juli 2014).

[813] BL, BNF, EBLIDA; vgl. die Teilnehmerliste, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works/ (Stand: Juli 2014).

[814] CEPIC, EBU, ENPA, FAED, FEPFEE, FIAPF, IVF; vgl. die Teilnehmerliste, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works/ (Stand: Juli 2014).

[815] ADAGP, CFC, EVA, IFFRO, VG Wort; vgl. die Teilnehmerliste, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_ market/copyright/orphan_works/ (Stand: Juli 2014).

[816] *Diocaretz*, Stellungnahme des EWC zum Public Hearing on Orphan Works European Commission, 26.9.2009, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works (Stand: Juli 2014).

nur, solange die bisherige Struktur der Rechte für Urheber respektiert und beibehalten werde.[817] Insbesondere forderte *Diocaretz*, dass eine weitläufige und werkspezifische Richtlinie für eine sorgfältige Suche durchgeführt werden müsse, bevor eine Nutzung des Werks stattfände. Außerdem solle ein europaweites Registrierungssystem eingerichtet werden.[818]

2. *Interesse der Verwerter*

Das Interesse der Verleger und anderen Verwerter von Urheberrechten ist, dass ihre kommerziellen Interessen nicht gefährdet werden. Geht man von diesem Standpunkt aus, ist es kaum verwunderlich, dass beispielsweise die IVF/FIAPF[819] für jede Werkkategorie maßgeschneiderte Suchanforderungen fordert. Anderenfalls könnte wohl ein Werk zu schnell Waisenstatus erhalten und der individuellen Verwertung entzogen sein.[820] Für die Verwerter ist es elementar, dass im Falle des Wiederauftauchens des Rechtsinhabers eine angemessene Vergütung für die Nutzung gezahlt wird.[821] Die Entscheidung, eine Nutzung zuzulassen, stelle das „Kronrecht“ des Urhebers dar. Eine entschädigungslose Schrankenregelung lehnten die Verwerter ab.[822] Sie plädierten vielmehr für ein Lizenzmodell, um so eine adäquate Vergütung im Einzelfall erreichen zu können.[823] Die Erlöse aus einer

---

[817] *Diocaretz*, Stellungnahme des EWC zum Public Hearing on Orphan Works European Commission, 26.9.2009, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works (Stand: Juli 2014).

[818] *Diocaretz*, Stellungnahme des EWC zum Public Hearing on Orphan Works European Commission, 26.9.2009, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works (Stand: Juli 2014).

[819] International Video Federation/International Federation of Film Producers Associations.

[820] *Thomsen*, Stellungnahme der FIAPF/IVF zum Public Hearing on Orphan Works European Commission 26.9.2009, S. 2 abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works (Stand: Juli 2014).

[821] *Sänger*, Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Stellungnahme zur Anfrage des BMJ vom 6.7.2011 zum Richtlinienvorschlag der Kommission KOM (2011) 289, S. 3, abrufbar unter: http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Stellungnahme_Verwaiste_Werke_2011.pdf (Stand: Juli 2014).

[822] *Sänger*, Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Stellungnahme zur Anfrage des BMJ vom 6.7.2011 zum Richtlinienvorschlag der Kommission KOM (2011) 289, S. 3, abrufbar unter: http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Stellungnahme_Verwaiste_Werke_2011.pdf (Stand: Juli 2014); *Pfenning*, Stellungnahme der EVA zum Public Hearing on Orphan Works European Commission 26.9.2009, S. 5 f.; *Thomsen*, Stellungnahme der FIAPF/IVF zum Public Hearing on Orphan Works European Commission vom 26.9.2009, S. 2; *Ribaucourt*, FAEP, Stellungnahme zum Public Hearing on Orphan Works European Commission vom 26.9.2009, S. 2, alle abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works (Stand: Juli 2014).

[823] *Sänger*, Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Stellungnahme zur Anfrage des BMJ vom 6.7.2011 zum Richtlinienvorschlag der Kommission KOM (2011) 289, S. 3, abrufbar unter: http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Stellungnahme_Verwaiste_Werke_2011.pdf (Stand: Juli 2014); *Pfenning*, Stellungnahme der EVA zum Public Hearing on Orphan

Nutzung sollten treuhänderisch von einer Verwertungsgesellschaft verwaltet werden und der Urheber die Möglichkeit erhalten, wieder über seine Rechte bestimmen zu können.[824] Ein solches Lizenzmodell hätte für die Verwerter zusätzlich den Vorteil, dass sie, ohne privilegierter Adressat einer Schrankenregelung zu sein, Nutzungsrechte erlangen könnten, die sie schließlich kommerzialisieren könnten.

3. *Interesse der Allgemeinheit*

Das Interesse der Allgemeinheit ist es, Zugang zu verwaisten Werken zu erhalten. Dabei steht vor allem ein Zugang zu einer ubiquitären digitalen Bibliothek im Vordergrund. Darüber hinaus sind aber auch die Archivbestände von Rundfunkanstalten von allgemeinem Interesse. Die Bereitstellung von Filmen und Musik in den Mediatheken der Rundfunkanstalten ist für die Allgemeinheit wünschenswert. Allerdings ist der Allgemeinheit zu unterstellen, dass nicht nur ein Interesse am Werkzugang besteht, sondern auch daran, dass Rechtssicherheit herrscht und die Urheber für ihre Werkleistung belohnt werden, um sie weiter zur Werkschöpfung zu incentivieren. Für den Fall, dass ohne kommerziellen Hintergrund Zugang geschaffen wird, müsste nach Ansicht der im Allgemeininteresse agierenden Bibliotheken keine Vergütung gezahlt werden.[825] Sie sprachen sich für eine Schrankenregelung für Bibliotheken aus. Diese sollte nach einer angemessenen Suche nach dem Rechtsinhaber greifen und zwischen kommerzieller und nicht-kommerzieller Werknutzung unterscheiden.[826] Gegen eine Lizenzlösung sprach, dass sich dort die Frage stellte, wie eine solche in der Abwesenheit des Rechtsinhabers erreicht werden könne. Für eine Schrankenregelung dagegen sprach, dass für Werke, bei denen unklar ist, ob sie noch dem Urheberrechtsschutz unterfallen, keine Lizenz-

---

Works European Commission 26.9.2009, S. 5 f., abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works (Stand: Juli 2014).

[824] *Sänger*, Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Stellungnahme zur Anfrage des BMJ vom 6.7.2011 zum Richtlinienvorschlag der Kommission KOM (2011) 289, S. 3, abrufbar unter: http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Stellungnahme_Verwaiste_Werke_2011.pdf (Stand: Juli 2014); *Pfenning*, Stellungnahme der EVA zum Public Hearing on Orphan Works European Commission 26.9.2009, S. 5 f.; *Thomsen*, Stellungnahme der FIAPF/IVF zum Public Hearing on Orphan Works European Commission vom 26.9.2009, S. 2; *Ribaucourt*, FA-EP, Stellungnahme zum Public Hearing on Orphan Works European Commission vom 26.9.2009, S. 2, alle abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works (Stand: Juli 2014).

[825] *Yeomans*, Stellungnahme der EBLIDA, und *White*, Stellungnahme der BL zum Public Hearing on Orphan Works European Commission 26.9.2009, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works (Stand: Juli 2014).

[826] *Yeomans*, Stellungnahme der EBLIDA, und *White*, Stellungnahme der BL zum Public Hearing on Orphan Works European Commission 26.9.2009, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works (Stand: Juli 2014).

gebühr gezahlt werden müsse.[827] Auch im Downstream ist die Zahlung einer solchen Gebühr problematisch, weil völlig unklar bleibt, an wen diese letztlich ausgezahlt wird. Zudem sind Lizenzmodelle auch aufgrund ihres hohen Verwaltungsaufwands nachteilig.[828]

4. *Ergebnis*

Die Urheber forderten vornehmlich die Wahrung ihrer Rechte. Sie stimmten einer Verwertung von verwaisten Werken auch ohne Zustimmung des Rechtsinhabers zu, wenn das Urheberrechtssystem im Übrigen unangetastet bliebe und die Verwertung eine besonders sorgfältige Recherche nach dem Rechtsinhaber voraussetzte. Die Allgemeinheit war grundsätzlich an einer umfangreichen Verwertung orientiert. Die im Interesse der Allgemeinheit agierenden Bibliotheken sahen jegliche Lizenzmodelle kritisch und forderten insbesondere eine einfache und rechtssichere Lösung mit einer Schrankenregelung für die nicht-kommerzielle Verwertung. Die Verwerter setzten sich für ein Lizenzmodell ein, sodass für jede Nutzung gezahlt werden müsste. Die Einnahmen sollten von den Verwertungsgesellschaften verwaltet werden. Suchanforderungen für den Waisenstatus müssten für die jeweilige Kategorie individuell festgelegt werden.

III. Regelungsgehalt und Konzeption

1. *Anwendungsbereich*

a. Zeitlicher Anwendungsbereich

Einen zeitlichen Rahmen für ihren Anwendungsbereich setzt die Richtlinie nicht. Sie ist am 28.10.2012 in Kraft getreten und bis zum 29.10.2014 in nationales Recht umzusetzen.[829] Inhaltlich erstreckt sie ihren Anwendungsbereich gem. Art. 8 Abs. 1 RLOW auf alle in Art. 1 RLOW genannten Werke und Tonträger, die am oder nach dem 29.10.2014 durch die Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten auf dem Gebiet des Urheberrechts geschützt sind.[830] Demnach ist der zeitliche Anwendungsbereich zukünftig begrenzt. Dahinter steht wohl die Hoffnung, dass Werke zukünftig aufgrund neu geschaffener Registrierungsdatenbanken nicht mehr verwaisen.[831]

---

[827] Dieses Problem stellt sich insbesondere bei ECL-Modellen, *Favale/Homberg/Kretschmer/Mendis/Secchi*, S. 22.

[828] *Yeomans*, Stellungnahme der EBLIDA, und *White*, Stellungnahme der BL zum Public Hearing on Orphan Works European Commission 26.9.2009, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works (Stand: Juli 2014).

[829] RL 2012/28/EU, Art. 9 Abs. 1, Art. 11 (ABl. L 299/10 vom 27.10.2012).

[830] Vgl. §§ 61 Abs. 2, 4, 137n UrhG.

[831] RL 2012/28/EU, Erwägungsgrund 10.

b. Persönlicher Anwendungsbereich

Der Kreis begünstigter Normadressaten der Richtlinie ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1 RLOW.[832] Danach dürfen öffentlich zugängliche Bibliotheken, Bildungseinrichtungen und Museen sowie Archive und im Bereich des Film- und Tonerbes tätige Einrichtungen und öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, die in den Mitgliedsstaaten ihren Sitz haben, verwaiste Werke nutzen, um die Ziele im Zusammenhang mit ihren im Gemeinwohl liegenden Aufgaben zu erreichen. Eine Differenzierung im Hinblick auf Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen und Archive zwischen privaten und öffentlich-rechtlichen Einrichtungen gibt es nicht.[833]

i. Gemeinwohlbezug

Welche genauen Anforderungen an den Gemeinwohlbezug zu stellen sind, ergibt sich aus Erwägungsgrund 20 der RLOW. Danach sind im Gemeinwohl liegende Aufgaben für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk nach nicht abschließender Aufzählung in der Bewahrung, Restaurierung sowie der Bereitstellung des kulturellen und bildungspolitischen Zwecken dienenden Zugangs zu Sammlungen zu sehen. Für den Bereich des Film- und Tonerbes nennt die RLOW die Sammlung, Katalogisierung, Erhaltung und Restaurierung von Filmen und anderen audiovisuellen Werken und Tonträgern. Im Übrigen verweist die Richtlinie auf die privilegierten Institutionen der Art. 5 c) InfoSoc-RL. Für Bibliotheken und Archive macht die Richtlinie keine Angaben. Hier sollten die Merkmale für die übrigen Institutionen entsprechend herangezogen werden. Schließlich ergibt sich jedenfalls für manche Bibliotheken und Bildungseinrichtungen und, wie sogleich erörtert wird, auch für Museen und Archive bereits aus der Voraussetzung der öffentlichen Zugänglichkeit eine Gemeinwohlorientierung. Jedenfalls nicht erfasst sind gewinnorientierte Einrichtungen. Ob damit dem Ziel der Richtlinie gedient ist, ist zweifelhaft.[834]

ii. Öffentliche Zugänglichkeit

Nicht eindeutig ist auch, ob sich das Kriterium der öffentlichen Zugänglichkeit nur auf Bibliotheken und Bildungseinrichtungen oder auch auf Museen und Archive bezieht. Sprachlich handelt es sich um eine Aufzählung, der das Kriterium der öffentlichen Zugänglichkeit vorangestellt ist, sodass man hiernach davon ausgehen müsste, dass alle Einrichtungen dieses Erfordernis erfüllen müssen. Das Argument, ein Vergleich mit Art. 5 c) InfoSoc-RL ergäbe, dass Archive und Mu-

---

[832] Vgl. § 61 Abs. 2, 5 UrhG.

[833] Stamatoudi/Torremans/*Suthersanen*/*Frabboni*, § 13.07, S. 657.

[834] *Peukert*, Stellungnahme zum Vorschlag für eine EU-Richtlinie über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke, KOM (2011) 289 endgültig, 29.7.2011, S. 3, abrufbar unter: http://www.jura.uni-frankfurt.de/43640979/11-07_Stellungnahme_Peukert_RL_verwaiste_Werke_BMJ.pdf (Stand: Juli 2014).

seen privilegiert werden könnten, soweit keine kommerzielle Zielsetzung bestehe, greift hier nicht.[835] Das Merkmal der öffentlichen Zugänglichkeit ist nicht mit kommerzieller oder nicht-kommerzieller Nutzung in Zusammenhang zu bringen. Denn die Richtlinie macht diese Unterscheidung am Erfordernis der Gemeinwohlorientierung in Art. 1 RLOW fest. Auch eine kommerzielle Einrichtung kann öffentlich zugänglich sein. Vielmehr ergibt sich aus einer Öffnung für die Allgemeinheit bereits eine gewisse Gemeinwohlorientierung, wenn die Zugänglichkeit für jedermann gemeint ist. Dies lässt die Richtlinie offen. *Spindler* geht mit Recht davon aus, dass ein Erfordernis des Jedermannzugangs den Anwendungsbereich der Richtlinie stark einschränken würde, weil dann kleinere Forschungsbibliotheken, die nur einem begrenzten Nutzerkreis zugänglich sind, nicht erfasst würden.[836] Derartige Forschungsbibliotheken könnten aber unter den Begriff der Bildungseinrichtung gefasst werden. Diese sind wiederum in der Regel ohnehin nur einem begrenzten Nutzerkreis zugänglich. Verneint man richtigerweise eine Jedermannzugänglichkeit, ist das Problem allerdings nicht gelöst. Der Begriff der Öffentlichkeit ist dann weiter auszulegen. Eine Mindestanforderung in dem Sinne, dass eine Zugänglichkeit für eine unbestimmte Personenzahl besteht, könnte unter Verweis auf die EuGH-Rechtsprechung[837] zum Begriff der öffentlichen Wiedergabe berücksichtigt werden.

c. Räumlicher Anwendungsbereich

Ausführungen zum räumlichen Anwendungsbereich der Richtlinie enthalten Art. 8 Abs. 1 RLOW und Art. 1 Abs. 1 und 2 RLOW. Nach Art. 8 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 RLOW sind nur in der Richtlinie genannte Werke und Tonträger (dazu siehe sogleich unter Abschnitt D.III.1.d) geschützt, die am 29.10.2014 in den Mitgliedsstaaten Urheberrechtsschutz genießen und sich zugleich im Bestand der in vorstehendem Abschnitt bezeichneten Einrichtungen mit Sitz in einem Mitgliedsstaat befinden.[838] Zugleich ist nach Art. 1 Abs. 2 RLOW erforderlich, dass die Werke erstmals in einem Mitgliedsstaat veröffentlicht oder zumindest gesendet wurden.[839] Die Richtlinie nennt dazu in ihrem Erwägungsgrund 12 als Begründung „diplomatische Gepflogenheiten". Aus den beiden Regelungen folgt die ohnehin geltende Begrenzung des Anwendungsbereichs der RLOW auf die EU und damit die Wahrung des Territorialitätsprinzips. Durch die Voraussetzung erstmaliger Veröffentlichung in der EU wird der Anwendungsbereich der RLOW durch ein räumliches Kriterium weiter eingeschränkt.

---

[835] a.A. *Spindler*, ZUM 2013, 349, 351.
[836] *Spindler*, ZUM 2013, 349, 351.
[837] EuGH, C-306/05 – *SGAE*; GRUR Int. 2007, 316, 317, Rn 37.
[838] Vgl. § 61 Abs. 2 UrhG.
[839] Vgl. § 61 Abs. 4 UrhG.

d. Sachlicher Anwendungsbereich

i. Sprachwerke

Nach Art. 1 Abs. 2 a) RLOW sind Sprachwerke solche, die in Büchern, Zeitungen und Zeitschriften oder sonstiger Schriftform veröffentlicht wurden, und die in Sammlungen öffentlich zugänglicher Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen oder Archive sowie in Sammlungen von Archiven oder im Bereich des Film- oder Tonerbes tätigen Einrichtungen vorhanden sind.[840] Die Verkörperung dieser Sprachwerke ist unerheblich, sodass auch die elektronische Form erfasst ist.[841] Unzutreffend wäre hingegen, den Anwendungsbereich unter dem Begriff „sonstiger Schriftform" auch auf Datenbanken und Computerprogramme zu erweitern. Aus dem Gesamtkontext ergibt sich, dass es nur um gedrucktes Material geht.[842]

ii. Film- und audiovisuelle Werke sowie Tonträger

Art. 1 Abs. 2 b) RLOW betrifft Film- oder audiovisuelle Werke und Tonträger, die in den Sammlungen von öffentlich zugänglichen Bibliotheken, Bildungseinrichtungen oder Museen sowie in Sammlungen von Archiven oder im Bereich des Film- oder Tonerbes tätigen Einrichtungen liegen.[843] Schließlich bestimmt Art. 1 Abs. 2 c) RLOW, dass auch Film-, Ton- oder audiovisuelle Werke, die von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bis zum und einschließlich am 31. Dezember 2002 produziert wurden und in ihren Archiven enthalten sind, erfasst sind.[844] Der Verweis auf die erstmalige Sendung hat wohl nur klarstellenden Charakter, denn auch die erstmalige Sendung stellt zumindest nach deutschem Recht eine Veröffentlichung dar, da dazu jedes Zugänglichmachen gegenüber der Öffentlichkeit genügt, sei es in körperlicher oder unkörperlicher Form.[845]

Mit der Ausschlussfrist soll eine Ausuferung der Nutzungsmöglichkeit aufgrund der Richtlinie verhindert werden.[846] Ebenso verhält es sich mit der Beschränkung auf eigene Produktionen der Rundfunkanstalten. Hier dürfte eine weite Auslegung in dem Sinne, dass eine Beteiligung an der Produktion oder eine Auftragsproduktion genügt, angezeigt sein. Anderenfalls verbliebe für viele Filmwerke wohl kaum ein Anwendungsbereich, weil die bloße Lizenz nicht ausreicht.[847] Die Beschränkung auf eigene und Auftragsproduktionen schließt einen erheblichen Teil der Rundfunkarchive von der Nutzung nach der RLOW aus,

---

[840] Vgl. § 61 Abs. 2 Nr. 1 UrhG.
[841] KOM MEMO/12/743 vom 4.10.2012.
[842] So auch Stamatoudi/Torremans/*Suthersanen*/*Frabboni*, § 13.11 f., S. 658 f.
[843] Vgl. § 61 Abs. 2 Nr. 2, 3 UrhG.
[844] Vgl. § 61c UrhG.
[845] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 6 UrhG, Rn 51.
[846] Stamatoudi/Torremans/*Suthersanen*/*Frabboni*, § 13.14, S. 660.
[847] Stamatoudi/Torremans/*Suthersanen*/*Frabboni*, § 13.15, S. 660.

obwohl auch diese verwaist sein können.[848] Eine Auslegung, die auch bei ausschließlichen Lizenzen greifen würde, widerspricht eindeutig dem Wortlaut der Richtlinie und deren ausdrücklicher Erläuterung in Erwägungsgrund 11.[849] Dies ist paradox, denn eine Produktion Dritter, die in einem Bibliotheksarchiv nach Art. 1 Abs. 2 b) RLOW schlummert, dürfte von der Bibliothek nach Art. 6 RLOW genutzt werden, hingegen nicht von der Rundfunkanstalt, die ebenfalls eine Kopie im Keller liegen hat und zusätzlich im Besitz einer ausschließlichen Lizenz war.[850]

Bemerkenswert ist, dass die Richtlinie stets den Begriff des Tonträgers benutzt, und nicht von „Ton- und Musikwerken" spricht. Im Vergleich zu den vorher genannten Film- und audiovisuellen Werken in Art. 1 Abs. 2 b) und c) RLOW wirkt dies systemfremd, zumal noch im Richtlinienentwurf von Tonwerken die Rede war. Allerdings galt dies nur für Tonwerke in den Archiven von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.[851] Den Anknüpfungspunkt auf das Trägermedium zu legen und nicht auf die Archive der Rundfunkanstalten zu begrenzen, erweitert den Anwendungsbereich auch auf andere Archive mit derartigen Werkstücken und erfasst auch andere Schutzgegenstände, die auf einem Tonträger gespeichert werden können, beispielsweise ein Hörspiel.[852]

iii. Eingebettete Werke

Nach Art. 1 Abs. 4 RLOW sind auch sogenannte eingebettete Werke erfasst.[853] Bilder in Büchern fallen damit ebenso unter die Richtlinie wie in Film- und audiovisuelle Werke eingebettete Musikwerke. Die Richtlinie erfasst dabei neben Werken, die eingebettet sind, auch solche Werke, die eingebunden oder integraler Bestandteil solcher Werke sind. Die Auslegung dieser Begriffe wird wohl so verstanden werden müssen, dass sie eine inhaltliche Verknüpfung mit dem Werk herstellen. Anderenfalls wird kaum von einer Einbindung oder Einbettung bzw. von einem integralen Bestandteil auszugehen sein. Denn diese Begriffe legen es nahe, dass es sich zwar um eigenständige Werke handelt, die aber mit dem Hauptwerk derart in Bezug stehen, dass ihre Herauslösung aus dem Hauptwerk dessen Verwertbarkeit schmälert. Problematisch könnte hingegen der Fall werden, dass beispielsweise das Frontcoverdesign eines Buches oder einer Schallplatte der Nutzung zugänglich gemacht werden soll. Hier wird man mit keiner der Tatbe-

---

[848] Für diese dürfte zumindest in Deutschland § 137l UrhG greifen.

[849] a.A. Stamatoudi/Torremans/*Suthersanen*/*Frabboni*, § 13.16, S. 660.

[850] Eine Kooperation müsste aufgrund der vorliegenden Bestandsakzessorietät möglich sein.

[851] Art. 1 Abs. 2 c) Richtlinienvorschlag, KOM (2011) 289.

[852] Gegen die ursprüngliche Eingrenzung auf Tonträger in Rundfunkarchiven aus dem Richtlinienentwurf vgl. *Peukert*, Stellungnahme zum Vorschlag für eine EU-Richtlinie über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke, KOM (2011) 289 endgültig, 29.7.2011, S. 2, abrufbar unter: http://www.jura.uni-frankfurt.de/43640979/11-07_Stellungnahme_Peukert_RL_verwaiste_Werke_BMJ.pdf (Stand: Juli 2014).

[853] Vgl. § 61 Abs. 2 UrhG.

standsalternativen zum Ziel gelangen. Denn eine inhaltliche Verknüpfung zwischen Buchcover oder Schallplattencover ist für die Nutzung des Hauptwerks nicht derart erforderlich, dass das Hauptwerk nicht ebenso gut genutzt werden könnte. In diesem Fall ist der Anwendungsbereich daher nicht eröffnet.

Nicht in den Anwendungsbereich aufgenommen sind Lichtbildwerke, soweit sie kein eingebettetes Werk sind. Dies wurde vielfach kritisiert, weil gerade in diesem Bereich eine besonders hohe Zahl an verwaisten Werken existiert.[854] Zu berücksichtigen ist aber, dass gerade für Fotografien der Waisenstatus besonders schwierig feststellbar ist. Die Suche nach dem Rechtsinhaber wird daher besonders häufig ergebnislos verlaufen. Die Zuerkennung des Waisenstatus und die Einschränkung der Eigentumsrechte des Urhebers wären daher von vornherein programmiert. Insofern ist es nachvollziehbar, dass Lichtbildwerke nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, auch wenn es bedauerlich ist, dass diese nun keiner Nutzung zugeführt werden.[855]

iv. Unveröffentlichte Werke

Für den Anwendungsbereich auf unveröffentlichte Werke ist die Regelung des Art. 1 Abs. 3 RLOW maßgeblich.[856] Danach sind auch solche Werke und Tonträger erfasst, die zwar nicht veröffentlicht oder gesendet wurden, aber von den Normadressaten nach Art. 1 Abs. 1 RLOW mit Zustimmung der Rechtsinhaber der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurden. Nach deutschem Recht genügt genau dies für eine Veröffentlichung, wenn der Rechtsinhaber mit dem Urheber gleichzusetzen wäre.[857] Auch jede Nutzungsrechtseinräumung durch den Urheber stellt konkludent die Ausübung des Veröffentlichungsrechts dar.[858] Der Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 3 RLOW wird sich daher in der Regel auf unveröffentlichte Werke beschränken, die ein anderer vom Urheber geerbt hat und dem somit nach §§ 28, 30 UrhG auch das Veröffentlichungsrecht zusteht.[859]

[854] *de la Durantaye*, ZUM 2011, 777, 781.

[855] a.A. *de la Durantaye*, ZUM 2011, 777, 781; Änderungsantrag 21 der Berichterstatterin des Rechtsausschusses *Odenberg*, COD (2011) 236, S. 16.

[856] Vgl. § 61 Abs. 4 UrhG.

[857] Schricker/Loewenheim/*Dietz/Katzenberger*, § 6 UrhG, Rn 6 f.

[858] Schricker/Loewenheim/*Dietz/Peukert*, § 12 UrhG, Rn 17, 18.

[859] a.A. Stamatoudi/Torremans/*Suthersanen/Frabboni*, § 13.20, S. 660, gehen davon aus, dass eine flexible Regelung geschaffen werden sollte, mit der eine mutmaßliche Zustimmung des Rechtsinhabers ausreichen soll, wenn die Institution für eine solche Zustimmung Nachweise führen kann. Wie dies bei einem unveröffentlichten Werk überhaupt möglich sein soll, ist nicht nachvollziehbar und führt zu Problemen mit dem Urheberpersönlichkeitsrecht im Hinblick auf Art. 9 Abs. 2 RBÜ.

2. *Nutzungsrechte*

Zentrale Regelung der Richtlinie ist die Regelung des Status „verwaistes Werk". Dies ist Voraussetzung für die zulässige Nutzung, die weiter unten unter Abschnitt D.III.3 besprochen wird. Regelungen zu vergriffenen Werken trifft die Richtlinie ausweislich ihres Erwägungsgrunds 4 ausdrücklich nicht.[860]

a. Waisenstatus

Nach Art. 2 Abs. 1 RLOW gilt ein Werk oder Tonträger als verwaist, wenn keiner der Rechtsinhaber dieses Werks oder Tonträgers ermittelbar ist oder, selbst wenn einer oder mehrere von ihnen ermittelt worden sind, keiner ausfindig gemacht werden konnte, obwohl eine sorgfältige Suche nach Art. 3 RLOW durchgeführt und dokumentiert worden ist.[861] Demnach ist für den Waisenstatus eines Werks entscheidend, dass die Voraussetzungen der sorgfältigen Suche nach Art. 3 RLOW vorliegen. Zugleich unterscheidet die Richtlinie zwischen der Ermittlung des Rechtsinhabers und dem Ausfindigmachen. Dabei bezieht sich das Ermitteln auf den Rechtsinhaber und das Ausfindigmachen auf seinen Verbleib.[862] Sowohl ein Ermitteln als auch ein Ausfindigmachen hat durch die sorgfältige Suche zu erfolgen. Das Ermitteln ist für das Ausfindigmachen als Vorstufe erforderlich. Für beides ist eine sorgfältige Suche nötig. Konnte nach einer sorgfältigen Suche der Rechtsinhaber nicht ermittelt werden, erübrigt sich eine sorgfältige Suche, ihn ausfindig zu machen.

Gibt es bei einem Werk mehrere Rechtsinhaber und sind nur einige von ihnen ermittelt und ausfindig gemacht, handelt es sich um einen Fall der Teilverwaisung. In einem solchen Fall beschränkt sich der Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 1 RLOW nach Art. 2 Abs. 2 RLOW nur auf fehlende Rechtsinhaber.[863] Für die übrigen Rechtsinhaber ist deren Zustimmung einzuholen.

b. Anforderungen an die sorgfältige Suche

Die Suche muss nach Art. 3 RLOW von den Normadressaten nach Treu und Glauben vor der Nutzung des Werks in den jeweiligen für die Werkkategorie geeigneten Quellen durchgeführt werden.[864] Festzulegen, was geeignete Quellen sind, wird den Mitgliedsstaaten überlassen, wobei dies durch eine Absprache der

[860] Vgl. Abschnitt E.I.1.
[861] §§ 61 Abs. 2, 61a UrhG.
[862] *Hilty/Köklü/Nerisson/Trumpke*, Zum Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke, KOM (2011) 289 vom 10.8.2011, abrufbar unter: http://www.ip.mpg.de/files/pdf1/Stellungnahme-Richtlinienvorschlag VerwaisteWerke7.pdf (Stand: Juli 2014).
[863] Vgl. § 61 Abs. 4 UrhG.
[864] Vgl. § 61a UrhG.

Rechtsinhaber mit den Nutzern bestimmt werden soll.[865] Mindestanforderungen stellt die Richtlinie mit einer im Anhang befindlichen Liste von Quellen auf. Die Liste unterscheidet dabei nach unterschiedlichen Werkkategorien. Beachtlich ist, dass für visuelle Werke, insbesondere Fotografien, die in den Werkkategorien Bücher und Zeitungen, Zeitschriften, Fachzeitschriften und Periodika enthalten sind, ebenfalls Suchanforderungen gelten, obwohl diese nicht als eigenständige Werke, sondern als eingebettete Werke von der Richtlinie erfasst sind.[866] Bei Werken, die zahlreiche visuelle Werke enthalten, wird dies wohl zu einem besonders umfangreichen Suchaufwand führen. Eine sinnvolle Nutzung wird in diesen Fällen kaum möglich sein.

i. Inhaltliche Anforderungen an die Suche

Das „Wie" der Suche gibt die Richtlinie nicht vor. Es werden lediglich diejenigen Quellen genannt, in denen die Suche stattzufinden hat. Kritisiert wird dabei, dass die Quellen nur Auskünfte über die Werke selbst, nicht jedoch über die Urheber enthalten.[867] Insofern wäre nur das Ermitteln der Rechtsinhaber, aber kein Ausfindigmachen möglich. Betrachtet man die Suchanforderungen der Richtlinie für Bücher, die im Anhang der Richtlinie unter 1. genannt sind, trifft dies für diese nicht vollständig zu. So sind beispielsweise in Abschnitt 1. d) RLOW-Anhang die Datenbanken der Verwertungsgesellschaften genannt. In diesen Datenbanken sind ebenfalls Informationen über die Rechtsinhaber enthalten. Auch das Verzeichnis von ARROW, das unter Abschnitt 1. d) RLOW-Anhang genannt ist, gibt Aufschluss über die Rechtsinhaber. Richtig ist allerdings, dass diese Mindestanforderungen regelmäßig keinen Aufschluss über den aktuellen Rechtsinhaber geben. Dies würde die Aktualität der Verzeichnisse voraussetzen. Insofern werden die Normadressaten allein mit einer Suche in diesen Verzeichnissen wohl nur dann zum Erfolg gelangen, wenn sie weitere Quellen zu Rate ziehen. Insofern stellt sich die Frage, ob auch solche weiteren Quellen genutzt werden müssen. Hierzu wird einerseits die Auffassung vertreten, dass die Suche in diesen Quellen, insbesondere bei den Verwertungsgesellschaften, genüge.[868] Andererseits wird gefordert, dass eine Ermittlung einer zustellfähigen Adresse eines ermittelten Rechtsinhabers auch in allgemeinen Registern wie Einwohnermeldeämtern erfolgen müsse.[869] Dass es sich bei den Anforderungen der Richtlinie nur um Mindestanforderungen handelt,

[865] Vgl. Anlage zu § 61a UrhG.

[866] Stamatoudi/Torremans/*Suthersanen/Frabboni*, § 13.12, S. 659, gehen wohl unzutreffend davon aus, Fotografien könnten selbständig genutzt werden.

[867] *Spindler*, ZUM 2013, 349, 351, 353.

[868] *Hilty/Köklü/Nerisson/Trumpke*, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 6. Juli 2011, S. 6, abrufbar unter: http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/stellungnahme_des_mpi.pdf (Stand: Juli 2014); *Staats*, ZUM 2013, 446, 449.

[869] *Spindler*, ZUM 2013, 351, 353.

spricht gerade gegen eine Verpflichtung, darüber hinausgehen zu müssen. Vielmehr lässt die Richtlinie damit lediglich den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit, über den Katalog des Anhangs hinauszugehen.

ii. Ort der Suche

Den Ort der Suche knüpft die Richtlinie nach Art. 3 Abs. 3 RLOW an denjenigen Mitgliedsstaat, in dem das Werk zuerst veröffentlicht oder gesendet wurde.[870] Analog ist für Werke, die nach Art. 1 Abs. 3 der RLOW mit Zustimmung des Rechtsinhabers von einem der Normadressaten der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurden, nach Art. 3 Abs. 3 RLOW die Suche in dem Mitgliedsstaat entscheidend, in dem das Werk der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden ist.[871] Daher sind die zu durchsuchenden Quellen auf den jeweiligen Mitgliedstaat zu beziehen, soweit sie nicht in europäischen oder internationalen Verzeichnissen oder Datenbanken[872] enthalten sind.

Ferner legt Art. 3 Abs. 4 RLOW fest, dass auch verfügbare Informationsquellen aus anderen Ländern zu konsultieren sind, sofern es Hinweise darauf gibt, dass relevante Informationen zu den Rechtsinhabern auch in anderen Ländern gefunden werden können.[873] Als Hinweis sind nur solche Kenntnisse zu verstehen, die sich aus der Recherche im Mitgliedsstaat ergeben haben. Anderenfalls würden andere allgemein zugängliche Quellen in die Recherche mit aufgenommen und die Suchanforderungen ausgedehnt. Der Begriff der anderen Länder ist auf jegliche andere Länder zu beziehen und nicht nur auf andere Mitgliedsstaaten. Im Kontext der Art. 3 Abs. 3 und 4 RLOW könnte man geneigt sein, darunter nur die übrigen Mitgliedsstaaten zu fassen, in denen keine Suche stattgefunden hat. Allerdings spricht dagegen, dass die Richtlinie abgesehen von Art. 3 Abs. 4 RLOW stets auf Mitgliedstaaten abstellt, sodass der Rückschluss gezogen werden kann, dass hier gerade nicht auf diese rekurriert wird. Außerdem zeigt auch Erwägungsgrund 15, dass andere Länder gemeint sind, da der Begriff für die Suche in den Mitgliedsstaaten diesen gegenübergestellt wird.

Eine Spezialregel sieht die Richtlinie in Art. 3 Abs. 3 RLOW für Film- und audiovisuelle Werke vor. Dort ist die Hauptniederlassung oder der gewöhnliche Aufenthalt des Herstellers in einem Mitgliedsstaat entscheidend.[874] Nach Erwä-

[870] Vgl. § 61a Abs. 1 S. 2, UrhG.

[871] Vgl. § 61a Abs. 3 UrhG.

[872] Ziffer 1 c) Anhang der RL nennt WATCH (Writers, Artists and their Copyright Holders) und ISBN (International Standard Book Number), Ziffer 1 e) nennt VIAF (Virtual International Authority File) und ARROW (Accesible Registries of Rights Information and Orphan Works), Ziffer 2 a) nennt ISSN (International Standard Serial Number), Ziffer 4 d) nennt ISAN (International Standard Audiovisual Number), ISWC (International Standard Music Work Coder) und ISRC (International Standard Recording Code).

[873] Vgl. § 61a Abs. 1 S. 3 UrhG.

[874] Vgl. § 61a Abs. 2 UrhG.

gungsgrund 15 der Richtlinie sind sowohl Produzent als auch Co-Produzent erfasst und in den Ländern ihrer Hauptniederlassung zu recherchieren. Insoweit wird sich die Suche beim Film aufgrund der in der Regel häufigen Co-Produktionen regelmäßig auch auf mehrere Mitgliedsstaaten erstrecken. Kritisch zu sehen ist, dass nur Filme von Herstellern aus Mitgliedsstaaten und darunter auch solche, die nur auf einem Markt außerhalb der EU veröffentlicht oder gesendet wurden, der Richtlinie unterfallen.[875] Für die sorgfältige Suche allerdings wird hier Art. 3 Abs. 4 RLOW herangezogen werden müssen. Eine Suche hat dann in beiden Ländern zu erfolgen.

c. Dokumentationspflichten, Art. 3 Abs. 5 RLOW[876]

Die Ergebnisse der Suche müssen nach der Richtlinie dokumentiert und an die zuständige nationale Behörde weitergeleitet werden.[877] Zu dokumentieren sind dabei nur die Ergebnisse der sorgfältigen Suche, die zur Schlussfolgerung geführt haben, dass das betreffende Werk als verwaist anzusehen ist. Einzelheiten, wie eine solche Dokumentation auszusehen hat, enthält die Richtlinie nicht. Die Normadressaten stehen hier vor der schwierigen Aufgabe, sich einerseits abzusichern und sich andererseits nicht mit derart aufwändigen Dokumentationen zu überfrachten, dass die Transaktionskosten ausufern.

Kommt es zum Streit über die Nutzung eines Werks, dient die Dokumentation dazu, die sorgfältige Suche und damit letztlich die Nutzungsbefugnis nach der Richtlinie bzw. deren mitgliedsstaatlicher Umsetzung zu beweisen. Die begünstigten Normadressaten tragen die Beweislast für den Waisenstatus, wenn sie sich für ihre Nutzung darauf berufen.[878] Um Risiken zu entgehen, erscheint es praktikabel, eine detaillierte Protokollierung der Suchvorgänge in den vorgegeben Quellen vorzunehmen und die Ergebnisse und Schlussfolgerungen festzuhalten. Daneben sind nach der Richtlinie auch Änderungen des Waisenstatus, die Art der Nutzung und schließlich Kontaktangaben über die betreffende Einrichtung zu dokumentieren und an die zuständige nationale Behörde zu übermitteln.

d. Online-Register

Für die Dokumentation sieht Art. 3 Abs. 6 RLOW vor, dass die zuständigen nationalen Behörden die Informationen an das Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt weiterleiten.[879] Dort werden die Informationen zu einer Online-Datenbank zusammengefasst, verwaltet und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Die Online-Datenbank wird sich nur auf solche Informationen beschränken, mittels derer

[875] *Spindler*, ZUM 2013, 349, 353.
[876] Vgl. § 61a Abs. 4 UrhG.
[877] Dies ist in Deutschland das DPMA, nach § 61a Abs. 4 S. 2 UrhG.
[878] *Spindler*, ZUM 2013, 349, 353.
[879] Vgl. § 61a Abs. 4 UrhG.

der Status als verwaistes Werk festgestellt wurde. Dies ergibt sich bereits an den Inhalten, die zu dokumentieren sind. Sie beziehen sich allesamt auf die positive Feststellung des Waisenstatus. Fällt eine Suche also für den Waisenstatus negativ aus, ist weder eine Meldung noch eine Aufnahme in das Online-Register erforderlich. Bisher hat das Harmonisierungsamt das Register noch nicht bereitgestellt, geplant ist eine Verfügbarkeit Ende 2014.[880]

e. Gegenseitige Anerkennung

Zur Harmonisierung der Nutzung der verwaisten Werke sind nach Art. 4 S. 1 RLOW Werke, die in einem Mitgliedsstaat als verwaist gelten, auch in allen anderen als solche anzuerkennen. In der Folge darf das Werk oder der Tonträger nach Art. 4 S. 2 RLOW in allen Mitgliedsstaaten genutzt werden. Eine vorherige Eintragung im Online-Register ist für den Waisenstatus nicht erforderlich. Folglich kann das betreffende Werk von jeder privilegierten Einrichtung in den Mitgliedsstaaten genutzt werden. Praktisch stellt sich allerdings das Problem, inwieweit der Waisenstatus anders als durch das Online-Register kommuniziert wird. Zwar kann das Rechercheergebnis im bilateralen Verhältnis zweier privilegierter Forschungsinstitutionen ausgetauscht worden sein.[881] Der Rechtsinhaber muss aber stets die Möglichkeit haben, die Nutzung des Werks zu beenden, Art. 5 RLOW. Dazu ist die Kenntnis der nutzenden Institution erforderlich. Um sich nicht dem Verdacht der Umgehung der Art. 5 RLOW und Art. 3 Abs. 5 RLOW auszusetzen, sollte die Institution nicht vor Eintragung in das Online-Register tätig werden.[882]

3. Öffnungsklausel und Nutzungsrechte

Das erklärte Ziel der Richtlinie, verwaisten Werken neue Nutzungsmöglichkeiten zuzuführen, spiegelt sich in Art. 6 RLOW wider.[883] Ist nach der sorgfältigen Suche der Waisenstatus festgestellt, dürfen diese Werke nach Art. 6 Abs. 1 a) RLOW öffentlich zugänglich gemacht werden, wobei hinsichtlich des Begriffs auf den Art. 3 InfoSoc-RL verwiesen wird. Zudem dürfen Werke gem. Art. 6 Abs. 1 b) RLOW zum Zwecke der Digitalisierung, Zugänglichmachung, Indexierung, Katalogisierung, Bewahrung oder Restaurierung im Sinne des Art. 2 der InfoSoc-RL vervielfältigt werden. Während in erster Möglichkeit die tatsächliche Nutzungszuführung im Vordergrund steht, etwa durch ein Online-Angebot einer Bibliothek,

---

[880] HABM, European Observatory on the Infringement of Intellectual Property Rights, Work Program 2013, S. 32, abrufbar unter: https://oami.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/resources/about/work_programme_2013_en.pdf (Stand: Juli 2014).

[881] Ähnlich *Spindler*, ZUM 2013, 349, 354, der bei einer Mitteilung des Rechercheergebnisses von Forschungsinstitutionen den Waisenstatus für „festgestellt" hält.

[882] Vgl. § 61a Abs. 5 UrhG, der hier nicht weiter hilft.

[883] Vgl. § 61 Abs. 1 UrhG.

geht es in Art. 2 b) RLOW darum, dieses technisch zu ermöglichen, ohne dabei in Konflikt mit dem Vervielfältigungsbegriff zu kommen. Eine Speicherung der Werke in digitaler Kopie, d.h. das Erstellen einer Vervielfältigung, lässt die Richtlinie ausdrücklich zu, indem sie den Begriff der Bewahrung nennt. Im Übrigen wäre eine Wiedergabe ohne Form der Speicherung kaum möglich.

Nicht jede privilegierte Institution kann jedes verwaiste Werk in ein Online-Angebot einfügen. Die Richtlinie sieht vor, dass die privilegierten Institutionen nur solche Werke nutzen dürfen, die sich in ihrer Sammlung befinden. In der Literatur wird deshalb von einer Bestandsakzessorietät gesprochen.[884] Dies ist zutreffend, denn der persönliche und der sachliche Anwendungsbereich werden damit verknüpft. Problematisch ist, dass die Bestandsakzessorietät bei strenger Auslegung ein bibliotheksübergreifendes Online-Angebot unmöglich werden lässt. Es müsste stets eine Weiterleitung auf die Server der Heimatinstitution erfolgen.[885] In Ansehung des Richtlinienziels der Schaffung großer Online-Bibliotheken erscheint dies als zu eng. Der Wortlaut gibt auch nicht vor, dass die Institutionen Werke ihrer Sammlung nur auf ihrem eigenen Server bereitstellen dürfen. Schließen sich mehrere Bibliotheken zusammen, um ihren Bestand digital öffentlich zugänglich zu machen, spricht nichts dagegen, dass ein Joint Venture Werke bereitstellt, die sich in den Sammlungen der beteiligten Institutionen befinden. Ein Hinweis darauf, aus welcher Institution bzw. welchen Institutionen das jeweilige Werk stammt, könnte zur Wahrung der Bestandsakzessorietät beitragen.

Ebenso problematisch ist die Bestandsakzessorietät für Rundfunkanstalten. Sie können nur Eigenproduktionen und Auftragsproduktionen auswerten. Andere audiovisuelle Werke dürfen lediglich die Institutionen nach Art. 1 Abs. 2 b) RLOW auswerten. Diese haben dazu regelmäßig nicht die nötigen Onlinekapazitäten bzw. Mediatheken. Auch hier sollte die Bestandsakzessorietät unter teleologischen Erwägungen gelockert werden. Es ist widersprüchlich, dass die Rundfunkanstalten hier nicht berechtigt sein sollen, obwohl sie die Infrastruktur haben, öffentlich-rechtlich organisiert und über Gebühren von der Allgemeinheit finanziert sind. Ob die Rundfunkanstalten überhaupt eines Rückgriffs auf die RLOW bedürfen und dieser sinnvoll wäre, erscheint zumindest in Deutschland aufgrund von § 137l UrhG zweifelhaft.[886]

---

[884] *Spindler*, ZUM 2013, 349, 352.
[885] *Spindler*, ZUM 2013, 349, 352.
[886] *Peukert*, Stellungnahme zum Vorschlag für eine EU-Richtlinie über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke, KOM (2011) 289 endgültig, 29.7.2011, S. 3, abrufbar unter: http://www.jura.uni-frankfurt.de/43640979/11-07_Stellungnahme_Peukert_RL _verwaiste_Werke_BMJ.pdf (Stand: Juli 2014).

a. Einschränkung der Nutzungsrechte (Kostendeckungsprinzip)

Die Nutzungsrechte der privilegierten Institutionen sind nicht unbeschränkt. Art. 2 der RLOW sieht vor, dass die Nutzung ausschließlich im Zusammenhang mit den im Gemeinwohl liegenden Aufgaben erfolgt.[887] Beispielhaft sind dazu die Bewahrung, die Restaurierung sowie die Bereitstellung des kulturellen und bildungspolitischen Zwecken dienenden Zugangs zu Werken und Tonträgern der jeweiligen Sammlung genannt. Eindeutig ausgeschlossen ist damit, dass eine privilegierte Einrichtung nun ein kommerzielles Angebot entwickelt.[888] Erwägungsgrund 21 RLOW nimmt dazu ausdrücklich Stellung und erläutert, dass Einnahmen erwirtschaftet werden dürfen, solange sie dem im Gemeinwohl liegenden Zweck der privilegierten Institution dienen. Ausgeschlossen ist damit nur, dass Erlöse aus der Nutzung verwaister Werke für nicht im Gemeinwohl liegende Aufgaben und Zwecke der Institution verwendet werden. Dies steht im klaren Widerspruch zum Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 S. 3 RLOW, wonach die Einnahmen allein zur Deckung der Kosten für die erlaubte Nutzung von verwaisten Werken verwendet werden dürfen. Eine Quersubventionierung sonstiger Ziele der Institution scheidet daher nach dem Wortlaut der Richtlinie aus, während Erwägungsgrund 21 sie ausdrücklich zulässt. Eine extensive Auslegung des Art. 6 Abs. 3 S. 3 RLOW im Sinne der Zulassung der Quersubventionierung ist aufgrund des klaren Wortlauts nicht angemessen. Zudem ist auch bei Betrachtung der Entwicklung der Richtlinie zu beachten, dass eine vormals in Art. 7 des Richtlinienvorschlags des Parlaments und des Rates von 2011 enthaltene Regelung, die die Nutzung verwaister Werke unter weiteren Voraussetzungen auch außerhalb der im Gemeinwohl liegenden Zwecke der privilegierten Institutionen vorsah, schließlich keinen Eingang in die Richtlinie gefunden hat.[889] Allerdings ist eine Auslegung, die Einnahmen dem jeweiligen Werk zuordnen will und eine Finanzierung der übrigen Waisen wohl für unzulässig hält, jedenfalls zu eng.[890] Eine Beschränkung darauf, dass nur unmittelbare Einnahmen für den Zugang zu den Werken möglich sind, macht die Richtlinie nicht, gibt aber auch keine Hinweise, ob unter Umständen andere mittelbare Erlösmodelle, beispielsweise ein kostenfreies Online-Angebot mit Werbebannern, erlaubt sind. Insofern wird hier wohl der Rückschluss nahe liegen, dass jegliche mittelbare und unmittelbare Erlöserzielung möglich ist.[891]

---

[887] Vgl. § 61 Abs. 5 UrhG.
[888] Stamatoudi/Torremans/*Suthersanen*/*Frabboni*, § 13.07, S. 657.
[889] KOM 2011 (289).
[890] Stamatoudi/Torremans/*Suthersanen*/*Frabboni*, § 13.53, S. 685.
[891] *Spindler*, ZUM 2011, 349, 354.

b. Kooperationen mit Privaten

Art. 6 Abs. 4 RLOW erlaubt ausdrücklich die Kooperation zwischen den gemeinwohlorientierten, privilegierten Institutionen und privaten Unternehmen. Erwägungsgrund 21 RLOW sieht für solche Public-Private-Partnerships (PPP) explizit vor, dass Einnahmen aus der Nutzung verwaister Werke generiert werden dürfen. Es fragt sich allerdings auch hier, ob im Rahmen eines PPP Einnahmen über die Kostendeckung hinaus erzielt werden dürfen. Eine Ausnahmeregelung von Art. 6 Abs. 2 RLOW ist in der Richtlinie nicht vorgesehen. Es wäre auch eigenartig, wenn gemeinwohlorientierte Einrichtungen im Hinblick auf verwaiste Werke in eigener Regie keine Gewinne erzielen dürften, hingegen schon, wenn sie einen Vertrag mit einem nicht-gemeinwohlorientierten privaten Unternehmen abschließen. Auch hier dürfte daher das Kostendeckungsprinzip greifen.[892] Einen Anreiz für private Investoren, Digitalisierungsprojekte zu finanzieren, schafft die RLOW nicht.[893]

Für die Nutzung der Werke durch ein PPP gibt die Richtlinie keine Auskunft. Geht man von dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 RLOW aus, steht das Recht, das verwaiste Werk zu nutzen, allein der privilegierten Institution zu. Gleiches ergibt sich insgesamt aus dem persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie und der Beschränkung auf diese Institutionen. Die öffentliche Zugänglichmachung durch einen Privaten allein bei einem PPP wäre demnach wohl kaum zulässig. Vielmehr müsste zumindest gefordert werden, dass die öffentliche Zugänglichmachung durch die Organisation des PPP erfolgt. An diesem wäre die privilegierte Institution beteiligt und daher das öffentliche Zugänglichmachen von der Richtlinie umfasst. Eine selbstständige öffentliche Zugänglichmachung durch den privaten Partner allein würde die Richtlinie aushebeln, denn dann könnte auf dem Umweg des PPP der persönliche Anwendungsbereich auf den privaten Partner ausgedehnt werden.[894]

---

[892] So wohl auch Stamatoudi/Torremans/*Suthersanen*/*Frabboni*, § 13.53, S. 685.

[893] Zweifelnd, ob das Ziel der Richtlinie so erreicht werden kann, bereits zum RL-Entwurf *Peukert*, Stellungnahme zum Vorschlag für eine EU-Richtlinie über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke, KOM (2011) 289 endgültig, 29.7.2011, S. 4, abrufbar unter: http://www.jura.uni-frankfurt.de/43640979/11-07_Stellungnahme_Peukert_RL_verwaiste_Werke_BMJ.pdf (Stand: Juli 2014).

[894] So auch *Spindler*, ZUM 2013, 349, 354, der wohl jegliche Veröffentlichung durch den privaten Partner ablehnt und in einem Beispiel der Suchmaschine Google nur eine Verlinkung auf das Angebot der privilegierten Institution zulassen möchte; Stamatoudi/Torremans/*Suthersanen*/*Frabboni*, § 13.53, S. 685.

4. *Opt-Out-Recht*

a. Beendigungstatbestand

Der Status als verwaistes Werk muss nach Art. 5 RLOW jederzeit vom Rechtsinhaber beenden werden können.[895] Eine Regelung, wie dies zu erfolgen hat, stellt die Richtlinie nicht auf. Eindeutig ist allerdings, dass der Rechtsinhaber selbst die Beendigung herbeiführen muss. Eine Befugnis für Verwertungsgesellschaften, die aufgrund eines ECL-Systems Rechte wahrnehmen, ist anzunehmen, wenn sie für eine solche Erklärung nach dem Recht des Mitgliedsstaats ermächtigt sind. Würde man ihnen die Befugnis absprechen, würde dies mit Art. 1 Abs. 5 RLOW in Konflikt geraten, wonach derartige Systeme von der Richtlinie unberührt bleiben. Der Begriff des Rechtsinhabers nach der Richtlinie unterscheidet jedenfalls nicht zwischen originärem Rechtsinhaber, derivativ Berechtigtem und treuhänderisch Berechtigtem. Zielsetzung ist allein zu verhindern, dass ein Werk aufgrund von Verwaisung nicht lizenziert werden kann, und nicht die Zuordnung von Rechten an die privilegierten Institutionen.

Ein Procedere für die Erklärung des Rechtsinhabers oder etwa eine ständige Überprüfung der Rechercheergebnisse seitens der privilegierten Institutionen ist nicht vorgesehen. Eine Präzisierung kann durch die Umsetzung der Richtlinie ins nationale Recht erfolgen.[896] Jedenfalls wird wohl eine irgendwie geartete Erklärung gegenüber der nutzenden Institution nötig sein, dass das Werk nicht als verwaist anzusehen ist, denn die Richtlinie sieht vor, dass der Rechtsinhaber die Möglichkeit haben muss, „den Status als verwaistes Werk zu beenden". Ähnlich heißt es in Art. 6 Abs. 5 RLOW, wonach „Rechtsinhaber, die den Status ihrer Werke oder sonstigen Schutzgegenstände beenden […]". Die Richtlinie setzt also für die Beendigung ein aktives Tätigwerden voraus. Eine Regelung, nach der die privilegierten Institutionen das gesetzliche Nutzungsrecht aus der Richtlinie schon bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis verlieren, um nicht Ansprüchen des Rechtsinhabers ausgesetzt sein zu können, würde die Privilegierung der Richtlinie stark verengen. Sie würde ferner zu einer ständigen Überprüfungspflicht der privilegierten Einrichtungen führen, um nicht dem Vorwurf der fahrlässigen Unkenntnis ausgesetzt zu sein.

b. Rechtsfolge der Beendigung

Ist eine Beendigungserklärung erfolgt, greift Art. 6 Abs. 5 RLOW, wonach im Fall der Beendigung des Waisenstatus der Rechtsinhaber von den privilegierten Einrichtungen einen gerechten Ausgleich erhalten soll.[897] Daraus folgt auch, dass die

[895] Vgl. § 61b UrhG.
[896] § 61b UrhG sieht keine derartige Präzisierung vor.
[897] Vgl. § 61b S. 2 UrhG.

Beendigungserklärung nur ex nunc wirkt, weil anderenfalls eine allgemeine Schadensberechnung zum Zuge kommen müsste. Die Höhe des Ausgleichs sowie die Umstände einer solchen Zahlung legt der Unionsgesetzgeber in die Hände der Mitgliedsstaaten, Art. 6 Abs. 5 S. 2, 3 RLOW. Den Mitgliedsstaaten gibt der Unionsgesetzgeber in Erwägungsgrund 18 aber Leitlinien für die Ausgestaltung mit auf den Weg.[898] Es soll bei der Festlegung der Höhe des Ausgleichs die kulturpolitische Zielsetzung des Mitgliedsstaats, der nichtkommerzielle Charakter der Nutzung durch die privilegierte Einrichtung und ihre im Gemeinwohl liegenden Ziele sowie der Schaden des Rechtsinhabers berücksichtigt werden. Für eine Schadensberechnung mittels Lizenzanalogie, die der EuGH für den Begriff des gerechten Ausgleichs nach der InfoSoc-RL vornimmt, würde der Gesetzgeber damit eine nicht marktübliche Lizenzgebühr unterstellen.[899]

Die Zahlung eines solchen angemessenen Ausgleichs erfolgt nach der Richtlinie für den gesamten vorherigen Nutzungszeitraum und erst ab der Beendigung des Waisenstatus. Dementsprechend müssen die privilegierten Institutionen schon bei Beginn der Nutzung kalkulieren, dass ein gewisser Prozentsatz an Ausgleichzahlungen fällig werden kann. Derartige Kosten sind dann von den privilegierten Institutionen zu zahlen. Für diese bedeutet das allerdings einen nahezu unkalkulierbaren Kostenfaktor, weil es bisher keine Erfahrungswerte für wiederauftauchende Rechtsinhaber gibt. Die privilegierten Institutionen finanzieren sich in der Regel aus öffentlichen Haushalten und nur ausnahmsweise erheben sie selbst umfangreiche Beiträge, wie die öffentlichen Rundfunkanstalten. Eine Rücklage könnte noch im Bereich des Kostendeckungsprinzips liegen. Dies ist aber problematisch, denn bei einem solchen Modell würde sich der Effekt einstellen, dass die Institutionen Mehreinnahmen ausweisen, wenn sie Einnahmen für alle Werke vereinnahmen würde, zugleich aber nur ein Teil der Rechtsinhaber ihren Ausgleichszahlungsanspruch geltend macht. Die Rede ist hier von sogenannten Mitnahmeeffekten.[900] Selbst bei einer Prognose der potentiellen Anspruchssteller kommt zusätzlich die Frage nach der Höhe der individuellen Ausgleichszahlung auf. Die Prognose fußt also auf zwei Unbekannten. Folglich ist die Vorhaltung einer Kapitalreserve durch die Institution praktisch kaum durchführbar und konfligiert unter Umständen mit dem Kostendeckungsprinzip. Ein derartiges kapitalgedecktes Verfahren ist daher kaum möglich. Praktikabler wäre es, die Ausgaben auf Einnahmen umzulegen. Damit könnte eine Kongruenz von Einnahmen und Ausgaben erreicht werden, ohne dass Konflikte mit dem Kostendeckungsprinzip und Mitnahmeeffekte entstehen und die öffentlichen Haushalte ihre Zuschüsse erhöhen bzw. die Rundfunkbeiträge steigen müssten. Dies setzt allerdings voraus,

---

[898] a.A. Stamatoudi/Torremans/*Suthersanen*/*Frabboni*, § 13.54, S. 686.

[899] EuGH, C-467/08 – *Padawan*, Rn 39; EuGH, C-457/11 bis 460/11 – *VG Wort*/*Kyocera*, Rn 31.

[900] *de la Durantaye*, ZUM 2011, 777, 785 mit Bezug auf das kanadische Modell der Lizenzvergabe durch eine staatliche Stelle gegen Lizenzzahlung.

dass die Institutionen überhaupt Einnahmen aus der Nutzung der verwaisten Werke erzielen. Die meisten der privilegierten Institution finanzieren sich aber nicht über nutzungsgebundene Einnahmen, sondern aus Mitteln der öffentlichen Hand oder privaten Spenden. Für ein Umlageverfahren müssten die Institutionen daher für verwaiste Werke Gebühren einführen, die es bisher so nicht gab. Dass dies geschehen wird, mag bezweifelt werden. Viel eher ist davon auszugehen, dass Zuschüsse erhöht werden und Beiträge steigen. Dies gilt aber nur, soweit Ansprüche in nennenswertem Umfang geltend gemacht werden, was bei sorgfältiger Recherche nicht geschehen sollte.

5. *Ergebnis*

Die Richtlinie erfasst Printwerke in jedweder Form sowie jegliche Formen von Film- und audiovisuellen Werken im Bestand der unter Abschnitt D.III.1.b. genannten Einrichtungen. Bei Rundfunkarchiven gilt dies aber nur bis ins Jahr 2002 und schließt Auftrags- sowie Eigenproduktionen ein. Ebenso sind werkneutrale Tonträger erfasst. Die Werke müssen in einem Mitgliedsland der EU veröffentlicht oder mit Zustimmung des Rechtsinhabers der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden sein. Eingebettete Werke müssen mit dem Hauptwerk derart in Bezug stehen, dass ihre Herauslösung aus dem Hauptwerk dessen Verwertbarkeit schmälert. Lichtbildwerke sind nicht erfasst. Es sind damit Urheberrechte und Leistungsschutzrechte von Tonträgerherstellern, Filmherstellern, Laufbildherstellern, Sendeunternehmen und Presseverlegern betroffen.

Die Richtlinie knüpft den Status als verwaistes Werk an eine sorgfältige Recherche. Diese ist nach der Vorgabe der Richtlinie in diversen Quellen im Mitgliedsstaat der Veröffentlichung des Werks durchzuführen, es sei denn, es bestehen Anhaltspunkte für einen Auslandsbezug. Die Suche muss bereits im Eigeninteresse der Nutzer umfangreich dokumentiert werden. Das geplante Online-Register beim HABM ist seit Ende 2014 in Betrieb.[901] Der einmal festgestellte Status als verwaistes Werk wird in allen Mitgliedsstaaten anerkannt. Vor Nutzung des Werks sollte die Eintragung abgewartet werden. Eine Kollektivierung findet nicht statt, sondern es werden gewisse Einrichtungen begünstigt.

Die Richtlinie gestattet den Adressaten, die sich allesamt in der EU befinden, das öffentliche Zugänglichmachen der betreffenden Werke einschließlich der Vervielfältigung zum Zwecke der Digitalisierung. Die privilegierten Institutionen sind an eine strenge Bestandsakzessorietät gebunden. Eine Lockerung ist notwendig, um die Zielsetzung der Richtlinie nicht zu gefährden. Nach dem Kostendeckungsprinzip ist eine kommerzielle Verwertung nicht möglich, sondern es sind nur kostendeckende Einnahmen erlaubt. Diese können durch mittelbare und un-

[901] Vgl. Pressemeldung des HABM vom 27.10.2014, abrufbar unter: https://oami.europa.eu/ohimportal/en/web/observatory/news/-/action/view/1595189.

mittelbare Erlöse erwirtschaftet werden. Eine Quersubventionierung anderer Leistungen der Institutionen ist nicht zulässig. Ein PPP ist möglich, schafft aber aufgrund des Kostendeckungsprinzips keine Investitionsanreize. Eine Kollektivierung im Hinblick auf die Wahrnehmung von Rechten oder Verteilung von Einnahmen erfolgt bei der RLOW nicht.

Die Rechtsinhaber können den Status ihres Werks als verwaist jederzeit beenden, worin die Opt-Out-Regelung des Modells liegt. Die privilegierten Institutionen haben keine Überwachungspflicht und dürfen auf das Tätigwerden des Rechtsinhabers vertrauen. Endet der Status als verwaistes Werk, sind die Rechtsinhaber zu Ausgleichszahlungen gegenüber den privilegierten Einrichtungen für den Nutzungszeitraum berechtigt. Die Ausgestaltung der Zahlung obliegt den Mitgliedsstaaten.

IV. Dogmatische Einordnung

1. *Schrankenregelung*

Die Regelung der Richtlinie hat ihren Kern in der Statuierung einer Schrankenregelung. Diese zeigt sich an der Rechtsfolge des Art. 6 Abs. 1 RLOW und an Erwägungsgrund 20 RLOW. Nach Letzterem sollen die Mitgliedsstaaten zusätzlich zu den in Art. 5 der InfoSoc-RL vorgesehenen Schranken eine weitere Ausnahme oder Beschränkung einführen. Die öffentliche Zugänglichmachung und teilweise Vervielfältigung sollen gestattet werden, soweit tatbestandmäßig ein verwaistes Werk vorliegt. Die Richtlinie beschreibt sich also selbst als Schrankenregelung und ist insofern als Ergänzung des Art. 5 InfoSoc-RL zu sehen. Ihr Ziel ist dabei gemeinwohlorientiert, denn die Erleichterung der Digitalisierung und Verbreitung von urheberrechtlich geschützten Werken entspricht nach Ansicht des Unionsgesetzgebers dem Ziel, den „freien Austausch von Wissen und Innovation im Binnenmarkt zu fördern“.[902] Die Richtlinie stellt damit eine klassische Schrankensituation dar, bei der das Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers aufgrund von Allgemeinwohlinteressen eingeschränkt wird.[903] Er kann, wenn er wieder auftaucht, gegenüber den privilegierten Einrichtungen kein Verbotsrecht geltend machen. Eine Zuordnung von Rechten an die Einrichtungen erfolgt nicht. Das zeigt sich auch daran, dass die privilegierten Institutionen keine Rechte an Dritte vergeben können (Art. 5 Abs. 2 RLOW, Erwägungsgrund 22 RLOW) und der Nutzungsumfang an die individuelle Zwecksetzung der Institution gebunden ist. Zugleich haben die privilegierten Institutionen aber eine Vergütung zu zahlen. Es handelt sich somit um eine gesetzliche Lizenz.

---

[902] RL 2012/28/EU, EW 2, 3; InfoSoc-RL, EW 51.

[903] Neben dem Allgemeinwohlinteresse dienen Schranken in einigen Fällen freilich auch Partikularinteressen.

2. *Bedingung*

Die Nutzungsmöglichkeit durch die gesetzliche Lizenz ist abhängig vom Verhalten des Rechtsinhabers. Im Unterschied zu allen bisherigen Schranken des Art. 5 der InfoSoc-RL ist die Beschränkung des Urheberrechts nur temporär. Ihre Beständigkeit ist vom Rechtsinhaber abhängig. Der Rechtsinhaber hat die Möglichkeit, die Beschränkung aufzulösen, indem er nach Art. 5 RLOW den Status als verwaistes Werk beendet, d.h. von seinem Opt-Out-Recht Gebrauch macht.[904] Damit stellt sich die Frage, ob die Nutzung durch die privilegierten Institutionen aufschiebend oder auflösend bedingt ist. Hierzu sei zunächst auf die grundsätzlichen Ausführungen zu § 137l UrhG in Abschnitt C.IV.1.b verweisen. Der Begriff der Bedingung ist auch hier nicht gänzlich passend, weil es sich nicht um eine vertragliche Regelung handelt, wird aber sinngemäß übernommen.

Die Spitzfindigkeit dieser Frage liegt vor allem in der Rechtszuordnung. Geht man von einer aufschiebenden Bedingung aus, würde dies bedeuten, dass der Rechtserwerb im Hinblick auf die Nutzungsrechte der öffentlichen Zugänglichmachung und teilweise der Vervielfältigung vom Handeln des Rechtsinhabers abhängig wäre. Nimmt man dies an, dann würde es sich begriffslogisch nicht um eine Schranke handeln. Eine Schranke setzt ein Recht voraus, dass beschränkt wird. Diese Vorstellung des Urheberrechts entspricht dem allgemeinen Aufbau des europäischen und deutschen Gesetzgebers. Im deutschen Recht sind die Schranken §§ 44a ff. UrhG systematisch nach dem Inhalt des Urheberrechts (§§ 11-27 UrhG) angeordnet. Dem Urheber wird dementsprechend erst ein vollumfängliches Recht zugeordnet, das im Anschluss wieder beschränkt wird. Die Schrankenregelungen sind daher auch als Ausnahme vom Grundsatz eng auszulegen.[905] Dies ist nicht nur ein methodischer Grundsatz, sondern auch in der Sache begründet. Denn das Ausschließlichkeitsrecht soll nicht übermäßig beschränkt und der Urheber stets an den Früchten seiner Arbeit beteiligt werden, wobei die meisten Schranken in der Regel an den Verwertungsrechten des Urhebers ansetzen und somit seine Erlösquellen vermindern.[906] Allerdings ist in einigen Fällen eine weniger schematische Anwendung des Grundsatzes enger Auslegung geboten.[907]

Treffender beschreibt daher die Rechtsfigur der auflösenden Bedingungen, was die Richtlinie in Art. 5 RLOW anordnet. Bei einer auflösenden Bedingung ist die Folge, dass ein Rechtszustand endigt, wenn die Bedingung eintritt. Setzt man

---

[904] Wie dies zu erfolgen hat, bleibt den Mitgliedsstaaten überlassen.

[905] St. Rspr. BGH, GRUR 2002, 963 – *Elektronischer Pressespiegel*; BGH, NJW 2005, 2698, 2670 – *WirtschaftsWoche*; BVerfG, NJW 2012, 754, 756 m. w. N. für Ausnahmen von dieser Grundregel.

[906] Wandte/Bullinger/*Lüft*, Vor §§ 44a ff. UrhG, Rn 1; weitere Gründe sind die RBÜ, Art. 13 TRIPS und der Drei-Stufen-Test aus Art. 5 Abs. 5 RL 2001/29/EG; EuGH, GRUR 2009, 1041, Rn 59 – *Infopaq/DDF*, vgl. Schricker/Loewenheim/*Melichar*, Vor §§ 44a ff. UrhG, Rn 18, 20.

[907] *Rehbinder/Peukert*, Rn 601 mwN.

also ein umfassendes Urheberrecht voraus, das von der Schrankenregelung begrenzt ist, beendet der Rechtsinhaber diesen Begrenzungszustand durch die Möglichkeit, nach Art. 5 RLOW vorzugehen. Für Letzteres spricht vor allem, dass die vorherige Güterzuordnung an den Rechtsinhaber in den Erwägungsgründen 6 und 7 zum Ausdruck kommt. Dort erläutert die Richtlinie, dass das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung und Vervielfältigung bei verwaisten Werken bei einem Rechtsinhaber liegt, und dass dessen Zustimmung zur Nutzung dieser Rechte nicht eingeholt werden kann. Sie setzt also ein unbeschränktes Recht voraus. Insgesamt stellt sich die Regelung der Richtlinie damit als auflösend bedingte Schrankenregelung dar. Dafür spricht im Übrigen, dass das Recht des Rechtsinhabers die Beschränkungen seines Ausschließlichkeitsrechts jederzeit beenden kann. Eine Frist für die Ausübung des Widerspruchs ist nicht gegeben.

Unzutreffend ist die Meinung, das Gegenteil des hier gewählten Opt-Out-Mechanismus sei eine Opt-In-Regelung dergestalt, dass Werke als gemeinfrei gelten, bis der Rechtsinhaber ermittelt oder ausfindig gemacht wird.[908] Dies bedeutet nichts anderes als die Aufhebung des Urheberrechts. Zudem verkennt diese Ansicht, dass Opt-In sich, wie bereits ganz am Anfang dieser Arbeit unter Kapitel 2, Abschnitt B.II geschildert, auf das Erfordernis der Zustimmung des Rechtsinhabers bezieht. Es ist für ein Ausschließlichkeitsrecht fundamental, da sich der Rechtsinhaber damit seiner Ausschließlichkeit, d.h. seines Verbotsrechts im Hinblick auf die Nutzung durch einzelne Dritte, begibt. Geht man hingegen davon aus, verwaiste Werke wären stets gemeinfrei, ist dies keine Opt-In-Lösung mehr, sondern die ersatzlose Aufhebung des Urheberrechts. Eine Zustimmung wäre hier von Anfang an nicht erforderlich. Es gäbe nichts, wozu der Urheber eine Zustimmung erklären müsste. Eine solche Meinung verkennt, dass das Urheberrecht stets eine Zuordnung der Rechte an den Urheber erfordert. Anderenfalls wäre es kein Urheberrecht, sondern ein schlichtes gewerbliches Schutzrecht kraft Anmeldung, was schon Art. 5 Abs. 2 RBÜ ausschließt. Konkret bedeutet dies, dass auch ein Opt-Out-System stets ein Opt-In-System im vorgetragenen Sinne voraussetzt, d.h. von der vollumfänglichen Ausschließlichkeit des Rechtsinhabers ausgeht. Anderenfalls wäre das Opt-Out das Opt-In in das bzw. die Inanspruchnahme des Urheberrechts an sich.

3. *Ergebnis*

Die RLOW stellt eine Schrankenregelung dar. Durch die Schranke wird lediglich das Erfordernis der Zustimmung des Rechtsinhabers im Rahmen des ursprünglichen Opt-In-Systems obsolet. Das Urheberrecht bleibt ihm im Übrigen zugeordnet. Für die Nutzung ist eine Vergütung zu zahlen. Es handelt sich also um eine gesetzliche Lizenz. Die Beschränkung ist auflösend bedingt durch das Handeln

---

[908] Stamatoudi/Torremans/*Suthersanen*/*Frabboni*, § 13.27, S. 667.

des Rechtsinhabers. Die Vorstellung eines Opt-In-Systems, das zunächst verwaiste Werke nur als gemeinfreie kennt, verlässt den Boden dessen, was Urheberrecht ist.

V. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

1. *Prüfungsmaßstab*

a. Europäisches Primärrecht

Die Richtlinie muss sich wie jeder Sekundärrechtsakt der Europäischen Union an Primärrecht messen lassen. Gegen die Unvereinbarkeit mit höherrangigem Recht spricht zunächst der Grundsatz des EuGH, dass für die Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane grundsätzlich die Vermutung der Rechtmäßigkeit gilt und diese Akte daher Rechtswirkungen entfalten, solange sie nicht zurückgenommen, im Rahmen einer Nichtigkeitsklage für nichtig erklärt oder infolge eines Vorabentscheidungsersuchens oder einer Rechtswidrigkeitseinrede für ungültig erklärt worden sind.[909] Ausgehend von einer hypothetischen Nichtigkeitsklage sind die vier Aufhebungsgründe des Art. 263 Abs. 2 AEUV zu prüfen, die zur Unwirksamkeit der Richtlinie führen könnten. Nämlich erstens die Missachtung von Zuständigkeitsregelungen, zweitens die Verletzung wesentlicher Formvorschriften, drittens der Ermessensmissbrauch und viertens die Verletzung des Vertrages oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm. Für die ersten drei dieser Punkte bestehen keine Hinweise.

Ein Verstoß gegen die Verträge oder eine bei seiner Durchführung anzuwendende Rechtsnorm ist gegeben, wenn ein Akt oder eine Handlung der Union mit höherrangigem Unionsrecht nicht in Einklang steht.[910] Auf oberster Stufe stehen Normen mit Vertragsrang. Dies sind das kodifizierte Primärrecht und der Großteil der allgemeinen Rechtsgrundsätze.[911] Davon erfasst sind die in Art. 6 EUV aufgeführte Grundrechtscharta und die EMRK. An diesen wird sich die Richtlinie jedenfalls messen müssen. Eine Stufe darunter steht das gemeinschaftliche Sekundärrecht, d.h. Verordnungen, Richtlinien und Beschlüsse und andere autonom gesetzte verbindliche Rechtsakte der Union sowie die von der Union abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge.[912]

Ein Verstoß gegen den EU-Vertrag käme hier unter dem Gesichtspunkt der Verletzung von Primärrecht in Betracht, da die Richtlinie selbst schon auf der Ebene des Sekundärrechts steht. Eine Verletzung völkerrechtlicher Verträge dürfte nach der Normenhierarchie keinen Verstoß gegen höherrangiges Recht darstel-

---

[909] EuGH, C-475/01 – *Kommission u. a./Hellenische Republik*, Rn 18; C-137/92 – *Kommission/BASF*, Rn 48; C-245/92 P – *Chemie Linz AG*, Rn 93.
[910] Callies/Ruffert/*Cremer*, Art. 263 AEUV, Rn 91.
[911] Callies/Ruffert/*Cremer, Art*. 263 AEUV, Rn 91.
[912] Callies/Ruffert/*Cremer*, Art. 263 AEUV, Rn 91.

len.[913] Allerdings sind auch völkerrechtliche Verträge, an welche die EU gebunden ist, nach der Rechtsprechung des EuGH integrale Bestandteile der Unionsrechtsordnung und Kontrollmaßstäbe für sekundäres Unionsrecht.[914] Sie besetzen daher in der Normhierarchie eine Stufe zwischen Primär- und Sekundärrecht.[915]

b. Konventionsrecht

Als Kontrollmaßstab für Sekundärrecht gelten völkerrechtliche Verträge nach der Rechtsprechung des EuGH aber nur dann, wenn die Union zum einen an diesen völkerrechtlichen Vertrag gebunden ist und der jeweilige Vertrag zum anderen unmittelbare Wirkung entfaltet.[916] Für das europäische Urheberrecht maßgebliche völkerrechtliche Verträge sind RBÜ, TRIPS und WCT bzw. WPPT. Die Union ist nach Art. 47 EUV Völkerrechtsubjekt.[917] Die Bindung an das Völkerrecht folgt dabei regelmäßig aus Art. 216 Abs. 2 AEUV. Die Union ist neben den Mitgliedsstaaten seit 1994 selbständiges Mitglied des TRIPS-Abkommens.[918] Den Schutzgehalt der RBÜ in seiner Pariser Fassung von 1971 übernimmt TRIPS mit seinem Art. 9.[919] Ein direkte Bindung der Union selbst an die RBÜ besteht nicht, da sie kein Verbandsland ist. Anderes gilt für den WCT und WPPT, denen die Union im Jahr 2000 formell zugestimmt hat und die sie am 14.12.2009 unterzeichnete.[920] Sie sind ab dem 14.2.2010 in der gesamten EU wirksam.[921] Nach der Rechtsprechung des EuGH besteht eine Bindung der Union an die RBÜ über Art. 1 Abs. 4 WCT.[922]

---

[913] Callies/Ruffert/*Cremer*, Art. 263 AEUV, Rn 91; für die EMRK gilt dies aufgrund von Art. 6 EUV und der Integration in das Primärrecht nicht, vgl. dazu Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Schorkopf*, Art. 6, 12 ff.

[914] Der EuGH leitet dies u. a. aus Art. 216 Abs. 2 AEUV ab, EuGH, C-308/06 – *Intertanko*, Rn 53; C-402, 415/05 – *Kadi*, Rn 307; C-63/09 – *Axel Walz*, Rn 20; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Dörr*, Art. 47 EUV, Rn 80 ff.; Art. 263 AEUV, Rn 174.

[915] Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Dörr*, Art. 47 EUV, Rn 82, bezeichnet dies zu Recht als „Zwischenrang“ und führt das Gutachtenverfahren gem. Art. 218 Abs. 10 AEUV an.

[916] EuGH, C-21/72, Rn 7/9 – *International Fruit Company*; C-308/06 – *Intertanko*, Rn 45; C-120, 121/06 – *FIAMM*, Rn 110.

[917] *Pache/Bielitz*, EuR 2006, 316, 319.

[918] Beschluss des Rates 94/800/EG.

[919] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, Vor §§ 120 ff. UrhG, Rn 17.

[920] Beschluss des Rates 2000/278/EG; http://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2009/article_0059.html.

[921] Vgl. Meldung in GRUR Int. 2010, 179; zum Problem der De-facto-Bindung an von der Union, aber nicht von Mitgliedsstaaten abgeschlossene Verträge vgl. *Pache/Bielitz*, EuR 2006, 316, 319.

[922] u. a. EuGH, C-277/10, Rn 59 – *Luksan*; C-510/10, Rn 29 – *DR, TV2 Danmark AS/NCB*; C-403/08 u C-429/08 – *FAPL u. Murphy*, Rn 189; C-306/05 – *SGAE*, Rn 32.

i. Unmittelbare Wirkung

Voraussetzung der Überprüfbarkeit einer sekundärrechtlichen Norm an einem völkerrechtlichen Vertrag ist ihre unmittelbare Wirkung, d.h. die Möglichkeit, dass sich ein Einzelner auf diese Norm berufen kann.[923] Die Regelung muss individualschützenden Charakter besitzen. Zur Prüfung dessen geht der EuGH in einem zweistufigen Verfahren vor.[924] Entscheidend sind dabei die Unbedingtheit und Konkretheit der einzelnen Norm sowie der Charakter und die Systematik des Vertrages an sich.[925] Für die Unbedingtheit und Konkretheit darf die Regelung nicht vom Erlass eines weiteren Rechtsaktes abhängig sein.[926]

Dies ist allerdings nach der Rechtsprechung des EuGH bei TRIPS nicht der Fall, weil der Errichtungsbeschluss zur WTO vorsieht, dass ihre Regelungen gerade nicht vor den Gerichten der Gemeinschaft und Mitgliedsstaaten angeführt werden dürfen.[927] Für Systematik und Zweck ist nach der Rechtsprechung des EuGH entscheidend, dass WTO-Regeln grundsätzlich flexibel auszulegen seien und das Prinzip der Streitbeilegung zu beachten sei, sodass sie keine unmittelbaren Rechte darstellen könnten, auf die sich der Einzelne berufen könne.[928] Würde man die WTO-Regeln zum Kontrollmaßstab erheben, würde dies nach dem EuGH zu einer Schwächung des verhandlungspolitischen Gewichts der Union in der WTO führen:[929] „Hätte der Gemeinschaftsrichter unmittelbar die Aufgabe, die Vereinbarkeit des Gemeinschaftsrechts mit diesen Regelungen[930] zu gewährleisten, so würde den Legislativ- und Exekutivorganen der Gemeinschaft der Spielraum genommen, über den die entsprechenden Organe der Handelspartner der Gemeinschaft verfügen."[931] *Dörr* spricht daher von der Angst vor politischer Selbstentmachtung.[932] Nach alledem scheidet eine Prüfung der RLOW am TRIPS-Abkommen aus.[933] Allerdings ist eine Konformität von europäischem Sekundär-

---

[923] z. B. EuGH, C-308/06 – *Intertanko*, Rn 45; C-120/06 – *FIAMM*, Rn 110; C-366/10 – *Air Transport Association of America*, Rn 52 f.; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Dörr*, Art. 263 EUV, Rn 175.

[924] Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Dörr*, Art. 47 EUV, Rn 84.

[925] Grundlegend EuGH, C-104/81 – *Kupferberg*, Rn 22–26; C-308/06 – *Intertanko,* Rn 45; C-366/10 – *Air Transport Association of America*, Rn 55 f.; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Dörr*, Art. 47 EUV, Rn 85, Art. 263 EUV, Rn 175.

[926] EuGH, C-135/10 – *SCF*, Rn 45 f.; C–171/01 – *Demirel*, Rn 14.

[927] EuGH, C-135/10 – *SCF*, Rn 45 f.

[928] Grundlegend für GATT EuGH, C-280/93 – *Deutschland/Rat*, Rn 107, 109, 110.

[929] Ausführlich dazu Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Dörr*, Art. 47 EUV, Rn 85 m. w. N.

[930] Gemeint sind die WTO-Übereinkünfte, EuGH, C-149/96 – *Portugal/Rat*, Rn 41 ff.

[931] EuGH, C-149/96 – *Portugal/Rat*, Rn 46 für GATT, zur Übertragung der Anwendung dieses Arguments auf TRIPS u. a. EuGH, C-135/10 – *SCF*, Rn 46; C-392/98 – *Dior*, Rn 44; instruktiv auch Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Dörr*, Art. 47 EUV, Rn 85.

[932] Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Dörr*, Art. 47 EUV, Rn 85; kritisch zu dieser Rechtsprechung *ders.*, Art. 47 EUV, Rn 90 und Art. 263 EUV, Rn 177.

[933] Zu den Ausnahmen Art. 33 und 50 TRIPS sowie zu der Kritik der Literatur an der Rechtsprechung des EuGH vgl. *Ohler*, EuR-Bei 2012, 137, 146.

recht mit TRIPS (und im Übrigen auch sonstigen völkerrechtlichen Vorgaben) nach der Rechtsprechung des EuGH durch Auslegung zu erreichen.[934]

ii. Unmittelbare Wirkung von RBÜ, WCT und WPPT

Es fragt sich, was nun für die RBÜ, WCT und WPPT gilt. Dabei ist zunächst zu beachten, dass das WCT auf der RBÜ aufbaut. Es ist gem. Art. 1 Abs. 1 WCT ein Sonderabkommen i. S. d. Art. 20 S. 1 RBÜ. Insofern dürfte für die Antwort auf die Frage, ob aus dem RBÜ und WCT unmittelbare Rechte abgeleitet werden, kein Unterschied bestehen. Dies gilt insbesondere insoweit, als das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, das die Richtlinie erfasst, erst im WCT geregelt worden ist.[935] Der EuGH entschied bereits, dass eine Auslegung von Richtlinien auch nach Maßgabe des RBÜ bzw. WCT erfolgen müsse, allerdings nur dann, wenn dies nicht zur einer unionsrechtswidrigen Maßnahme führt.[936] Eine Diskussion hinsichtlich der oben dargelegten Voraussetzung für eine unmittelbare Wirkung führt der EuGH dabei bisher nicht. Dies kann man wohl darauf zurückführen, dass der EuGH in RBÜ und WCT betreffenden Urteilen stets darauf rekurriert, dass die InfoSoc-RL nach ihrem Erwägungsgrund 15 dazu dient, den WCT bzw. die RBÜ umzusetzen.[937] In einer Entscheidung den WPPT betreffend, der von seiner Struktur und Hierarchie her Zwilling des WCT ist, stellte der EuGH fest, dass Art. 23 WPPT vorsieht, dass die Mitglieder notwendige Maßnahmen ergreifen, um die Anwendung des WPPT-Vertrages sicherzustellen. Daraus zieht der EuGH den Schluss, dass „die Anwendung der Bestimmungen des WPPT in ihrer Erfüllung und ihren Wirkungen vom Erlass weiterer Rechtsakte abhängt."[938] Eine unmittelbare Wirkung besteht daher für den WPPT nicht. Gemünzt auf den WCT kann nichts anderes gelten. Die in Art. 23 Abs. 1 WPPT enthaltene Bestimmung ist wortgleich in Art. 14 Abs. 1 WCT enthalten. Analog muss daher auch für den WCT gelten, dass er keine unmittelbaren Rechte begründet und daher kein Kontrollmaßstab für Sekundärrecht sein kann. Für den RBÜ dürfte aufgrund der Notwendigkeit der Umsetzung durch die InfoSoc-RL dasselbe gelten.

---

[934] EuGH, C-275/06 – *Promusicae,* Rn 60; vgl. zur Durchsetzbarkeit des Völkerrechts im Verhältnis zum Unionsrecht *Ohler*, EuR-Bei 2012, 137, 147 f.; vgl. *Pache/Bielitz*, EuR 2006, 316, zum Verhältnis von völkerrechtlichen Verträgen der Union und denen der Mitgliedsstaaten.

[935] Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, Vor §§ 120 ff. UrhG, R 54.

[936] EuGH, C-277/10 – *Luksan,* Rn 59; C-510/10 – *DR und TV Danmark*, Rn 29; C-403/08 u. C-429/08 – *FAPL u. Murphy*, Rn 189.

[937] EuGH, C-5/11 – *Donner*, Rn 23; C-277/10 – *Luksan,* Rn 59; C-510/10 – *DR und TV Danmark*, Rn 29; C-403/08 u C-429/08 – *FAPL u. Murphy*, Rn 189; C-456/06 – *Le Corbusier Möbel II*, Rn 29 ff.

[938] EuGH, C-135/10 – *SCF*, Rn 48.

2. *Vereinbarkeit mit Konventionsrecht*

Die Prüfung der RLOW an höherrangigem Recht kann lediglich anhand des europäischen Primärrechts erfolgen, d.h. anhand der Grundrechtscharta und der EMRK. Völkerrechtliche Verträge zum Urheberrecht, namentlich TRIPS, WCT, WPPT und RBÜ scheiden als Kontrollmaßstab aus, weil sie keine unmittelbaren Rechte begründen. Sie können aber als Auslegungsmaßstab dienen und werden daher zunächst vor dem europäischen Primärrecht geprüft.[939]

a. Formalitätenverbot, Art. 5 Abs. 2 RBÜ

Bereits im Rahmen von Abschnitt B.V.6.b wurde das Formalitätenverbot aus Art. 5 Abs. 2 RBÜ dargelegt. Auf die grundsätzlichen Ausführungen wird verwiesen. Aus dem Opt-Out-Recht ergeben sich keine Konflikte mit dem Formalitätenverbot, weil es nicht Voraussetzung der Schranke ist. Eine Formalität könnte im Rahmen der Richtlinie nur darin bestehen, dass diese die Ermittelbarkeit und Auffindbarkeit des Rechtsinhabers erfordert, weil das Urheberrecht anderenfalls in Teilen Gegenstand einer gesetzlichen Lizenz wird.[940] Die Formalität bestünde darin, für Ermittelbarkeit und Auffindbarkeit zu sorgen. Diese Ansicht geht von der Prämisse aus, dass ein Rechtsinhaber, der gefunden werden kann, trotz Recherche nicht gefunden wird und er deshalb selbst für seine Auffindbarkeit sorgen muss. Er wird also rechtlich anders behandelt als tatsächlich. Dies ist aufgrund der umfangreichen Recherchepflichten wohl kaum die Norm, sondern ein Ausnahmefall. Aus einer solchen Ausnahmesituation die Unvereinbarkeit mit Art. 5 Abs. 2 RBÜ zu schließen, dehnt den Schutzbereich über das erforderliche Maß aus. Zudem fordert Art. 5 Abs. 2 RBÜ nach seinem Wortlaut eine Bindung zwischen der Formalität und dem Genuss und der Ausübung des Rechts. Ein Tätigwerden des Rechtsinhabers ist von der Richtlinie nicht gefordert, sondern bloße Möglichkeit. Die RLOW stellt selbst keinerlei Zusammenhang zwischen einem Tätigwerden des Rechtsinhabers und Genuss und Ausübung des Urheberrechts her. Das Gegenteil ist der Fall. Die RLOW führt einen umfangreichen Recherchekatalog ein, damit ein potentieller Rechtsinhaber möglichst gefunden wird. Eine Bindung an eine Formalität im Sinne des Art. 5 Abs. 2 RBÜ besteht hier nicht, daher kann auch kein Verstoß vorliegen.

[939] Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Dörr*, Art. 47 EUV, Rn 83.

[940] *Möller*, S. 317, der eine Recherche deshalb für grundsätzlich mit Art. 5 Abs. 2 RBÜ für unvereinbar hält; a.A. *Ricketson & Ginsburg*, § 6.108, S. 329, für das kanadische System, bei dem nach einer sorgfältigen Suche eine nicht-exklusive Lizenz gegen Zahlung von Lizenzgebühren durch das Copyright Board erteilt wird.

b. Drei-Stufen-Test

Ein Verstoß könnte sich aus den Anforderungen des Drei-Stufen-Tests aus Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT und Art. 16 Abs. 2 WPPT ergeben. Voraussetzung ist, dass sich die Einschränkung auf nur gewisse bzw. bestimmte Sonderfälle beschränkt und weder die normale Auswertung des Werks noch die berechtigten Interessen des Urhebers bzw. Rechtsinhabers beeinträchtigt. Für die Auslegung der einzelnen Merkmale des Drei-Stufen-Tests ist oberstes Leitprinzip eine gerechte Abwägung zwischen den Interessen der Allgemeinheit und den Interessen der Urheber.[941] Zur Auslegung ist ferner zu berücksichtigen, dass die einzelnen Stufen nicht isoliert betrachtet werden dürfen, sondern ein kohärentes ganzheitliches Ergebnis nur dann erreicht werden kann, wenn sie untereinander in Wechselbezüglichkeit gesetzt werden.[942] Eine autoritative Auslegung des Drei-Stufen-Tests, die auch die vorangegangene Auslegung stützt, gibt es nicht. Eine solche kann nur der Internationale Gerichtshof vornehmen.[943]

i. Teststufe 1: Bestimmte Sonderfälle

(1) „Bestimmtheit“

Auf der ersten Teststufe muss die Schranke „bestimmte Sonderfälle“ betreffen. Teilweise wird gefordert, dass aufgrund des Wortes „bestimmte“ ein enges Bestimmtheitsgebot einzuhalten wäre, wonach die Schrankentatbestände detailliert festgelegt werden müssten.[944] Dies wird allerdings überwiegend und zu Recht damit verneint, dass die Tradition eines derartigen Bestimmtheitsgebots allein kontinentaleuropäisch ist sowie – soweit man dies denn befürwortet – die Integration einer offenen Schrankenregelung in das kontinentaleuropäische Urheberrechtssystem von vornherein ausschließen würde.[945] Eine enge Auslegung würde im angloamerikanischen Raum, vor allem im Hinblick auf die Fair-Use-Doktrin, auf wenig Verständnis stoßen, weil diese ja gerade offen formuliert ist.[946] Die Vertragsstaaten haben bei der Schaffung des Drei-Stufen-Tests wohl kaum vorgehabt, eine Regelung zu schaffen, die die Fair-Use-Doktrin aushebelt.[947] Auch die Ent-

---

[941] *Geiger/Griffiths/Hilty*, GRUR Int. 2008, 822, 823, unter Verweis auf die Art. 17, Art. 26 Abs. 2 und Art. 30 TRIPS.

[942] *Geiger/Griffiths/Hilty*, GRUR Int. 2008, 822, 823.

[943] *Ricketson & Ginsburg*, § 17.85 f., S. 1152 f.; *Hugenholtz/Okediji*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-43 (2012), S. 21.

[944] *Cohen Jehoram*, GRUR Int. 2001, 807, 808.

[945] *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 207; Hilty/Peukert/*Senftleben*, S. 177; für eine flexiblere Regelung generell auch *Kur*, Max Planck Papers on Intellectual Property, Competition & Tax Law Research No 08-04 (2008), S. 10, 23.

[946] *Senftleben*, 162 f.; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 207; Hilty/Peukert/*Senftleben,* S. 177.

[947] *Kur*, Max Planck Papers on Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper No 08-04 (2008), 23 f.

scheidung des WTO-Panels, nach der das Merkmal „bestimmt" „klar definiert" („clearly defined") bedeuten solle, ist kaum im Sinne eines engen Bestimmheitsgebots, sondern weniger statisch und formalistisch zu interpretieren, sodass auch die Fair-Use-Doktrin daran nicht scheitern kann.[948] Dort heißt es nämlich, dass gerade nicht jeder Einzelfall aufgelistet werden muss. Insgesamt wird man die Frage der Bestimmtheit daher wohl weniger nach ihrer technischen Ausgestaltung interpretieren dürfen, nach der die umfassten Fälle abschließend aufgezählt sind. Vielmehr sollte sich die Auslegung daran orientieren, ob sie genügend Rechtssicherheit bietet. Das WTO-Panel spricht insofern von „legal certainty".[949] Nach anderer Ansicht genügt es, wenn die Schranken in ihrer Reichweite vorhersehbar sind.[950] Folgt man diesem Ansatz, ist das Merkmal „bestimmt" zwar gewissermaßen konturlos, eine völlige Entleerung des Kriteriums, wie teilweise vertreten wird, ergibt sich daraus aber nicht.[951] Mit einer engen Auslegung ist jedenfalls sichergestellt, dass die Richtlinie nach allen Ansichten der ersten Teststufe standhält.[952]

Art. 1 RLOW beschreibt detailliert, was in ihren Anwendungsbereich fällt, und enthält in Art. 3 und 4 eine exakte Beschreibung des Tatbestands eines verwaisten Werks. Schließlich enthält Art. 6 RLOW eine genaue Beschreibung der erlaubten Nutzungsmöglichkeiten. Es handelt sich hier gerade nicht um eine generalklauselartige Ausgestaltung, sondern vielmehr um eine sehr exakte Beschreibung des Tatbestands. Sogar Spezialfälle, wie die Teilverwaisung, sind erfasst, Art. 2 Abs. 2 RLOW. Nach allen Ansichten ist hier Bestimmtheit gegeben.

(2) „Sonderfall"

Zweites Kriterium auf erster Stufe ist das des Sonderfalls. Nach dem WTO-Panelreport ist dafür notwendig, dass es sich entweder um einen begrenzten Anwendungsbereich oder einen besonderen Regelungsbereich handelt, was mit anderen Worten einen engen qualitativen oder quantitativen Anwendungsbereich bedeuten soll.[953] Problematisch an dieser Betrachtung ist, dass die quantitative Betrachtung darauf hinausläuft, die zweite Teststufe zu entwerten.[954] Denn in der zweiten Teststufe ist fraglich, ob eine „normale Auswertung" noch möglich ist.

---

[948] WTO Panelreport, WT/DS160/R, Rn 6.108; *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 207, geht mit Zweifeln davon aus, der WTO-Panel hätte sich das Bestimmheitskriterium zu eigen gemacht; zur Auslegung insgesamt vgl. *Kur*, Max Planck Papers on Intellectual Property, Competition & Tax Law Research No 08-04 (2008), S. 23; *Hugenholtz/Okediji*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-43 (2012), S. 22.

[949] WTO Panelreport, WT/DS160/R, Rn 6.108.

[950] *Geiger/Griffiths/Hilty*, GRUR Int. 2008, 822, 824.

[951] *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 206; *Hugenholtz/Okediji*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-43 (2012), S. 22.

[952] Ähnlich *Ginsburg*, Columbia Public Law Research Paper No. 09-200 (2009), S. 16.

[953] WTO Panelreport, WT/DS160/R, Rn 6.109.

[954] *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 207; *Kur*, Max Planck Papers on Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper No 08-04 (2008), S. 24.

Wendet man auf erster Stufe ein quantitatives Merkmal an, bedeutet dies, dass nur solche Schrankenregelungen zulässig sind, die zahlenmäßig wenige Nutzungshandlungen zulassen, somit begrenzt sind. Neben dieser Vorwegnahme bzw. Präjudizierung des Ergebnisses auf zweiter Stufe wird darüber hinaus darauf hingewiesen, dass eine quantitative Einteilung ohnehin kein taugliches Kriterium ist.[955] *Kur* bemerkt zu Recht, dass dann eine absolute zahlenmäßige Grenze („absolute limit") ohne Rücksicht auf den Sinn und Zweck gezogen werden müsste.[956] Dabei ist schon eine Festlegung einer solchen Grenze kaum unwillkürlich möglich, noch ist es einzusehen, dass die gesamte Zulässigkeit unabhängig von ihrer Zielsetzung allein an einem quantitativen Merkmal scheitern kann.[957] Nach dem WTO-Panel hingegen soll es für die erste Stufe aber gerade nicht auf eine Rechtfertigung nach dem öffentlichen Interesse ankommen, es heißt nämlich in Art. 9 Abs. 2 RBÜ „Sonderfall" und „besonderer Zweck".[958] Eine Auseinandersetzung mit der Rechtfertigung eines bestimmten Zwecks der Schranke sei der ersten Stufe also nicht zu entnehmen. Er kann aber zur Bestimmung des Anwendungsbereichs und der Klarheit der Definition dienen.[959] Im Übrigen stellt die rein qualitative Betrachtungsweise eine Vorwegnahme der dritten Teststufe dar.[960]

Insgesamt sind beide Auslegungsalternativen nicht unangreifbar. Ganz gleich, ob man sich eher einer qualitativen oder quantitativen Auslegung anschließt, wird sich auf der nächsten Stufe eine gewisse Redundanz ergeben. Vermittelnd ist daher für die erste Stufe vorzuschlagen, beide Elemente in die Prüfung einfließen zu lassen, dabei aber keine zu strengen Anforderungen zu stellen, sondern die erste Teststufe als bloßes Grobraster zu verwenden, ob überhaupt eine Grenze gezogen wird.[961] In diese Richtung hat sich bereits das WTO-Panel geäußert.[962]

Nach der vorgeschlagenen Prüfung im Sinne eines qualitativen und quantitativen Grobrasters dürfte die Richtlinie in quantitativer Hinsicht nicht zu viele unbeschränkte Rechte des Urhebers einschränken und muss gleichzeitig qualitativ in ihrer Zielsetzung spezifisch sein. Beides ist zu bejahen: Zunächst ist schon der Gegenstand auf nicht alle Werkarten ausgedehnt. Die erfassten Werkarten sind

---

[955] *Kur*, Max Planck Papers on Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper No 08-04 (2008), S. 24.

[956] *Kur*, Max Planck Papers on Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper No 08-04 (2008), S. 24.

[957] *Kur*, Max Planck Papers on Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper No 08-04 (2008), S. 24.

[958] WTO Panelreport, WT/DS160/R, Rn 6.111.

[959] WTO Panelreport, WT/DS160/R, Rn 6.111.

[960] *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 208; *ders.*, S. 144 f.

[961] Ähnlich *Kur*, Max Planck Papers on Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper No 08-04 (2008), S. 24; *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 207; *ders.*, S. 153.

[962] WTO Panelreport, WT/DS160/R, Rn 6.112; widersprüchlich ist insofern die Aussage „In other words, an exception or limitation should be narrow in quantitative as well as a qualitative sense." in Rn 6.109.

aber als durchaus wesentlich zu klassifizieren. Sie stellen den Kernbestand des kulturellen Erbes dar, den die Richtlinie im Auge hat. Dies spricht wohl eher gegen einen Sonderfall. Von diesen Werken sind aber nur diejenigen erfasst, bei denen nach der sorgfältigen Suche kein Rechtsinhaber festgestellt worden ist. Die Anforderungen sind dabei als durchaus streng anzusehen, sodass sich der Anwendungsbereich hiermit senkt. Wären diese Anforderungen locker, würde dies den Anwendungsbereich stark ausdehnen.[963] Entscheidend aber für die quantitative Betrachtung ist, dass die erlaubten Nutzungshandlungen sehr beschränkt sind und schließlich auch nur eine geringe Anzahl von privilegierten Nutzern vorgesehen ist. Im Ergebnis wird man hier quantitativ von einem Sonderfall ausgehen dürfen.

Die qualitative Betrachtung führt zu den Zielen der Richtlinie.[964] In Ansehung derer wird man hier auf den erleichterten Zugang und die Erhaltung der Kulturgüter rekurrieren. Fraglich ist, ob dies eine spezifische Zielsetzung der RLOW ist. Die Förderung des Zugangs zu Werken ist regelmäßiges Ziel von Schrankenbestimmungen. Im Unterschied zu den übrigen Schrankenbestimmungen ist hier aber die Konstellation zu berücksichtigen, dass der Rechtsinhaber seine Rechte nicht mehr wahrnimmt. Die Zielsetzung der Richtlinie ist explizit darauf ausgerichtet, die Problemlage des nötigen, aber nicht einlösbaren Zustimmungserfordernisses aufzulösen, wie sich in Erwägungsgrund 6 der RLOW zeigt. Darin liegt eine starke qualitative Eingrenzung.

ii. Teststufe 2: Beeinträchtigung der normalen Auswertung

Auf der zweiten Teststufe darf die Schranke eine „normale Auswertung“ des Werks nicht beeinträchtigen. Denklogisch erscheint es kaum möglich, dass dieses Kriterium nicht erfüllt ist. Denn im Tatbestand der zweiten Stufe ist angelegt, dass eine normale Auswertung überhaupt denkbar ist. Hier setzt die Richtlinie aber gerade an, weil die Auswertung des Werks unter den Grundsätzen des Urheberrechts die Zustimmung des Rechtsinhabers erfordert. Gerade diese kann aufgrund des Waisenstatus nicht eingeholt werden.

(1) Normale Auswertung

Ob dieses Ergebnis tatsächlich korrekt ist, ist anhand der genauen Auslegung der Teststufe zu beleuchten. Nach dem WTO-Panel ist unter normaler Auswertung die Art und Weise zu verstehen, nach der die Rechtsinhaber das Werk für gewöhnlich verwerten.[965]

Für die hier interessierende Fragestellung der „normalen Auswertung“ ist dabei entscheidend, ob unter den Rechtsinhabern nur diejenigen von den Tatbe-

---

[963] *Ginsburg* sieht dies als Schlüsselkriterium an, *Ginsburg*, Columbia Public Law Research Paper No. 09-200 (2009), S. 16.

[964] Vgl. Abschnitt D.I.2.

[965] WTO Panelreport, WT/DS160/R, Rn 6.183.

ständen der Schranke Betroffenen gemeint sind oder jeder Rechtsinhaber.[966] Geht man allein von den betroffenen Rechtsinhabern verwaister Werke aus, gelangt man zu dem Ergebnis, dass die normale Auswertung die Nichtauswertung ist. Die Verwertung nach der Richtlinie, d.h. in erster Linie die öffentliche Zugänglichmachung, würde dann eine Beeinträchtigung der Nichtauswertung darstellen. Dies ist freilich nicht das, was der Drei-Stufen-Test im Sinn hat. Denn es geht bei der Teststufe 2 vornehmlich darum, dass dem Rechtsinhaber nicht übermäßig der Wert seiner Rechtsposition entzogen wird.[967] Diese folgt aber aus der Verwertung und nicht der Nicht-Verwertung. *Ginsburg* argumentiert deshalb, dass eine Verwertung, die für einen üblichen Rechtsinhaber „normal" ist, für nicht mehr auffindbare Rechtsinhaber nur deshalb nicht mehr normal sei, weil sie keinen wirtschaftlichen Wert aus ihrem Werk ziehen.[968] Die Verweigerung z. B. eines einzelnen Buchautors, die Verfilmungsrechte einzuräumen, führt aber nicht dazu, dass die Auswertung der Verfilmung keine normale Auswertung mehr sei, sodass ein Dritter die Verwertung vornehmen dürfte.[969] Damit geht diese Ansicht zutreffend von der Prämisse aus, dass für die normale Auswertung gerade nicht nur von den Rechtsinhabern verwaister Werke ausgegangen werden kann, ebenso wenig wie von denjenigen Buchautoren, die keine Verfilmungsrechte einräumen. Vor dem Hintergrund des Schutzgedankens der zweiten Teststufe überzeugt dies insoweit, als unabhängig von der stattfindenden Auswertung eine mögliche Auswertung nicht übermäßig beschränkt werden soll. Demnach ist kaum denkbar, die Nicht-Auswertung als Regel der Auswertung aufzufassen. Entsprechend ergibt dann auch eine Reduzierung auf die Verwertung der verwaisten Werke keinen Sinn. Dies bedeutet im Ergebnis aber auch, dass die reflexartige Ablehnung des Bestehens einer normalen Auswertung nicht richtig ist, sondern sich hier zum Regelfall des unverwaisten Werks kein Unterschied ergibt.

Die Bedeutung des Begriffs „normale Auswertung" definiert das WTO-Panel als zum einen die Formen der Verwertung, die gegenwärtig erhebliche oder fühlbare Erlöse generieren, sowie solche, die mit einem bestimmten Grad an Wahrscheinlichkeit und Plausibilität eine bemerkenswerte wirtschaftliche oder praktische Geltung erlangen.[970] Entscheidend ist dabei die Betrachtung zunächst aller, auch potentieller Einnahmenquellen und sodann der Beitrag jedes einzelnen Verwertungsrechts für sich genommen, sodass nicht ein Verwertungsrecht mit dem Argument beschränkt werden kann, dass noch genügend andere Verwertungs-

---

966 Dies war bisher noch nicht Thema wissenschaftlicher Auseinandersetzung, vgl. *Ginsburg*, Columbia Public Law Research Paper No. 09-200 (2009), S. 17.

967 Zur Diskussion um die Berücksichtigung auch normativer Elemente vgl. *Kur*, Max Planck Papers on Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper No 08-04 (2008), S. 26.

968 *Ginsburg*, Columbia Public Law Research Paper No. 09-200 (2009), S. 17.

969 *Ginsburg*, Columbia Public Law Research Paper No. 09-200 (2009), S. 17.

970 WTO Panelreport, WT/DS160/R, Rn 6.183.

rechte bestehen.[971] Entscheidendes Kriterium der zweiten Teststufe ist nunmehr, ob eine solche „normale Auswertung“ auch „beeinträchtigt“ ist. Mit dem WTO-Panel und wohl auch den meisten Stimmen der Literatur kommt es dafür darauf an, dass dem Rechtsinhaber diese Auswertung erheblich genommen wird, ihm also ein bedeutender Teil seiner Einnahmen verloren geht.[972]

(2) Beeinträchtigung

Ausgehend von dieser Feststellung könnte hier eine Beeinträchtigung der normalen Auswertung vorliegen, denn dem Rechtsinhaber werden seine Onlinerechte genommen. Dieser Verlust ist sicherlich fühlbar und berührt den ökonomischen Kern des Urheberrechts, denn die Onlinerechte werden zunehmend wichtiger.[973] Problematisch ist für die Feststellung der Beeinträchtigung noch, dass wiederum nicht von dem Rechtsinhaber des verwaisten Werks, sondern von Rechtsinhabern allgemein ausgegangen wird. Anderenfalls würde man sich inkonsequent verhalten. Unterstellt man die Tendenz zur Nichtauswertung nun dem Rechtsinhaber des verwaisten Werks, würde man das obige Ergebnis wieder entwerten. Für die Beeinträchtigung ebenso wie bei der Frage der „normalen Auswertung“ ist ganz generell auf die Mehrheit der Verwerter abzustellen und schlicht mathematisch zu fragen, welchen wirtschaftlichen Verlust an Verwertungsmöglichkeiten noch eine „normale Auswertung“ belässt. Dies zeigt sich dann, wenn die Beeinträchtigung für den Rechtsinhaber faktisch zutage tritt, nämlich dann, wenn er wieder auftaucht. Hat dann nämlich eine Verwertung durch einen Dritten stattgefunden, stellt dies für ihn in jedem Fall einen Beeinträchtigung dar, ganz gleich, ob er die Nichtverwertung oder Verwertung anstrebt.

Unberücksichtigt ist bisher geblieben, dass die RLOW dem Rechtsinhaber die Möglichkeit des Opt-Out belässt und zusätzlich eine Kompensation vorsieht. Lässt man dies in die Bewertung der Beeinträchtigung mit einfließen, verbleibt der wirtschaftliche Nutzen zumindest teilweise beim Rechtsinhaber, so wie auch die weitere Nutzung durch den Rechtsinhaber möglich ist. Hierin kommt der temporäre Charakter der Beschränkung zum Ausdruck. Diese Umstände mildern die festgestellte Beeinträchtigung maßgeblich ab. Auch die wohl h.M. geht davon aus, dass in manchen Fällen keine Beeinträchtigung vorliegen solle, wenn für die Be-

[971] WTO Panelreport, WT/DS160/R, Rn 6.173; *Kur*, Max Planck Papers on Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper No 08-04 (2008), S. 26; a.A. *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 209.

[972] WTO Panelreport, WT/DS160/R, Rn 6.180; *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 209 spricht vom „ökonomischen Kern des Urheberrechts“; *Hugenholtz/Okediji*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-43 (2012), S. 24.

[973] Vgl. dazu Kapitel 1, Abschnitt A; *Senftleben* GRUR Int. 2004, 200, 209.

schränkung eine angemessene Vergütung gewährleistet ist.[974] Eine Beeinträchtigung der normalen Auswertung nach der dargelegten Auslegung steht daher erst recht nicht zu befürchten, weil die Auswertung bis zum Opt-Out vergütet wird und danach ohnehin wieder beim Rechtsinhaber liegt.[975]

Unzutreffend ist die Meinung, aus der sorgfältigen Suche ergebe sich nichts anderes als eine Art Karenzfrist, nach der die normale Auswertung im Sinne des Drei-Stufen-Tests nicht mehr beeinträchtigt werde, weil im Sinne des WTO-Panels keine wirtschaftlichen Auswirkungen bestünden. [976] Dass die sorgfältige Suche erst dann erfolglos sein wird, wenn die ursprünglich bekannte, normale Auswertung des Werks abgeschlossen ist, mag richtig sein.[977] Völlig unberücksichtigt bleibt aber, dass sich im Laufe der Zeit immer wieder neue Möglichkeiten der Auswertung ergeben, die beim Fristbeginn einer starren Karenzfrist noch überhaupt nicht denkbar erscheinen. Das Kriterium der normalen Auswertung würde so eventuell zulasten des Rechtsinhabers ausgehöhlt.

iii. Teststufe 3: Unzumutbare Verletzung berechtigter Interessen des Rechtsinhabers/Urhebers

Auf der dritten Stufe dürfen berechtigte Interessen des Urhebers oder Rechtsinhabers nicht unzumutbar verletzt worden sein. Der Tatbestand ist dreigliedrig. Für den Drei-Stufen-Test nach dem RBÜ, WCT und WPPT sind anders als für TRIPS urheberpersönlichkeitsrechtliche Interessen zu berücksichtigen.[978] Die Begründung liegt darin, dass Art. 9 Abs. 1 TRIPS ausdrücklich nicht auf Art. 6bis RBÜ verweist, in dem das Urheberpersönlichkeitsrecht verankert ist. Nur Urheber können dieses anführen. Daraus folgt aber nicht, dass bei Ausgleichszahlung keine unzumutbare Verletzung der Interessen der Rechtsinhaber vorliegt. Denn Rechts-

---

[974] *Geiger/Griffiths/Hilty*, GRUR Int. 2008, 822, 823; wobei danach wohl eine normative Komponente in die Teststufe einfließt. Vgl. zur Normativität der zweiten Stufe *Kur*, Max Planck Papers on Intellectual Property, Competition & Tax Law Research No 08-04 (2008), S. 27.

[975] Eine reine Opt-Out-Möglichkeit ohne Vergütung zwischenzeitlicher Nutzung hingegen beeinträchtigt eine normale Nutzung. Ein Vergleich mit der Möglichkeit des Opt-Out in der Schrankenregelung für Presseerzeugnisse in Art. 10bis RBÜ mit der der RLOW, bei der eine solche gerade fehlt, ist nicht verallgemeinerungs- bzw. analogiefähig (a.A. *Senftleben*, 1 Berkeley Technology Law Journal Commentaries 1, 11 (2014)). Die normale Auswertung der betroffenen Presseerzeugnisse hat eine besonders kurze Halbwertszeit – nichts ist älter als die Zeitung von gestern – und auch die Konstellation ist eine andere. Denn im Rahmen von Art. 10 Abs. 1 RBÜ ist sich der Rechtsinhaber regelmäßig seines Rechtsverlusts gewahr, wenn er nicht widerspricht. Denn die Schranke existiert bereits zum Zeitpunkt der maßgeblichen Verwertungshandlung. Diese Erkenntnis hat der Rechtsinhaber eines verwaisten Werks nicht. Die RLOW konfligiert also nicht mit Teststufe 2.

[976] *Senftleben*, Berkeley Technology Law Journal Commentaries 1, 11 (2014).

[977] *Senftleben*, Berkeley Technology Law Journal Commentaries 1, 11 (2014).

[978] *Ricketson & Ginsburg*, § 13.14, S. 774.

inhaber und insbesondere Verwerter profitieren von einem unbeschränkten Recht regelmäßig mehr, als durch eine Ausgleichszahlung kompensiert werden kann.[979]

(1) Berechtigte Interessen

Das WTO-Panel sieht entweder solche Interessen, die de lege lata anerkannt sind, oder solche, die eher normativ zur Rechtfertigung von Ausschließlichkeitsrechten herangezogen werden, als berechtigt an.[980] Das WTO-Panel stellt dabei allerdings ganz überwiegend auf allein wirtschaftliche Interessen ab und fragt danach, ob beim Rechtsinhaber eine ungerechtfertigte Einkommenseinbuße vorliegt.[981] Eine solche Auslegung ist im Hinblick auf die Differenzierung zwischen Rechtsinhaber und Urheber im Rahmen von Art. 13 TRIPS konsequent. Anders lässt sich dagegen argumentieren, wenn die Interessen des Urhebers zu berücksichtigen sind. Dann wird man auch dessen urheberpersönlichkeitsrechtliche Interessen berücksichtigen müssen. Zugleich sind aber in jedem Fall neben der rein ökonomischen Betrachtung auch andere Güter als berechtigte Interessen zu berücksichtigen, wie zum Beispiels die Kunst- oder Meinungsfreiheit.[982]

(2) Unzumutbare Verletzung

Das Merkmal betrifft die ungebührliche Verletzung. Hierbei ist zunächst festzustellen, dass nicht jede Verletzung per se ausreichend ist, sondern es ganz entscheidend darauf ankommt, dass diese ungebührlich bzw. „unreasonable" ist. An dieser Stelle ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen, bei der auch berechtigte Interessen Dritter einfließen müssen.[983] Dabei ist besonderer Wert auf etwaige Kompensationen zu legen. Freilich können derartige Kompensationen nie den Wert ausgleichen, der mit einer unter Wettbewerbsbedingungen ausgehandelten Lizenz erzielt werden könnte.[984] Argumentiert wird, die Ausgleichszahlung könne eine zunächst als ungebührlich einzustufende Verletzung durch ihre Kompensationswirkung auf ein gerade noch als gebührlich einzustufendes Maß zurückführen.[985] Dies mag im Einzelfall richtig sein. Eine generelle Aussage sollte daraus allerdings nicht gewonnen werden, denn dies würde wohl dazu führen, dass der

[979] *Hugenholtz/Okediji*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-43 (2012), S. 23.
[980] WTO Panelreport, WT/DS160/R, Rn 6.224.
[981] WTO Panelreport, WT/DS160/R, Rn 6.229.
[982] *Hugenholtz/Okediji*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-43 (2012), S. 25.
[983] *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 211; a.A. wohl WTO-Panel, WTO Panelreport, WT/DS160/R, Rn 6.229: „In our view, prejudice to the legitimate interests of right holders reaches an unreasonable level if an exception or limitation causes or has the potential to cause an unreasonable loss of income to the copyright owner."
[984] *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 211.
[985] *Geiger/Griffiths/Hilty*, GRUR Int. 2008, 822, 825; *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 211; so wohl auch der WTO Panelreport, WT/DS160/R, Rn 6.229 und *Ginsburg*, Columbia Public Law Research Paper No. 09-200 (2009), S. 18.

Gesetzgeber stets durch die Anordnung einer Kompensationszahlung zur Zulässigkeit der Schrankenregelung gelangen könnte. Im Ergebnis würde das Urheberrecht dann auf einen Vergütungsanspruch reduziert und urheberpersönlichkeitsrechtliche Aspekte würden vernachlässigt.

Die Interessenlage ist bei verwaisten Werken und deren Rechtsinhabern kaum anders zu bewerten als sonst. Man könnte zwar reflexartig argumentieren, dass Rechtsinhaber verwaister Werke so zu behandeln seien, als hätten sie die Rechte an ihrem Werk aufgegeben, sodass gar keine Interessen mehr berücksichtigt werden könnten. Dann würde aber wohl ein Heimfall der Rechte an den Urheber stattgefunden haben, sodass dessen Interessen maßgeblich wären.[986] Für die Rechtsinhaber kommt auch dann, wenn sie derzeit keine wirtschaftliche Verwertung vornehmen, stets in Frage, das Werk auf neue und vormals unbekannte Nutzungsarten zu verwerten. Eine Zuordnung von Interessen ist daher stets möglich.

Zu klären ist daher, welche berechtigten Interessen betroffen sein können. Dabei ist zunächst das Recht zu nennen, das Werk einer Verwertung vorzuenthalten. Urheber möchten unter Umständen die Verbreitung einer aufgegebenen Meinung nicht weiter fördern. Derivativ berechtigten Rechtsinhabern geht es zumeist um eine gewinnbringende Verwertung von Werken.[987] Die Frage, ob dieses Interesse hinter andere zurücktreten muss, ist erst im Rahmen der Unzumutbarkeit der Verletzung, d.h. im Rahmen der Abwägung relevant.[988]

Im Rahmen der Abwägung der Interessen spricht für eine zumutbare Beeinträchtigung, dass die Rechtsinhaber eine Vergütung erhalten und zudem ein Opt-Out-Recht eingeräumt wird. Schließlich impliziert der Waisenstatus ein geringes Interesse an der Auswertung. Dagegen sind die Interessen der Allgemeinheit am Zugang zu den Werken groß.[989] Dies gilt insbesondere für die Wissenschaft im Hinblick auf Recherchemöglichkeiten in digitalen Bibliotheken und für die Allgemeinheit, soweit es den Erhalt der Bestände der Einrichtungen betrifft. Danach ist keine unzumutbare Beeinträchtigung gegeben.

Dieses Ergebnis hält auch der stark ökonomischen Betrachtung des WTO-Panels stand, die auch auf einen potentiellen zukünftigen Wertverlust der Rechte abstellt.[990] Entscheidend ist, dass der Rechtsinhaber für die Zeit der Nutzung vergütet wird und das Werk zukünftig durch sein Opt-Out-Recht selbst nutzen kann.[991] Selbst wenn man ohne stichhaltige Begründung aus der RBÜ und TRIPS

---

[986] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 29 UrhG, Rn 16; Wandtke/Bullinger/*Grunert*, Vor §§ 31 ff. UrhG, Rn 49; BGH, GRUR 2012, 916 – *M2Trade*; BGH, GRUR 1966, 567, 569 – *GELU*.

[987] *Ginsburg*, Columbia Public Law Research Paper No. 09-200 (2009), S. 18

[988] a.A. wohl *Ginsburg*, Columbia Public Law Research Paper No. 09-200 (2009), S. 18.

[989] Zur Berücksichtigung der Interessen Dritter vgl. *Geiger*/*Griffiths*/*Hilty*, GRUR Int. 2008, 822, 825.

[990] WTO Panelreport, WT/DS160/R, Rn 6.247.

[991] *Ginsburg*, Columbia Public Law Research Paper No. 09-200 (2009), S. 18, fordert hier eine Karenzzeit, nach der der Rechtsinhaber wieder ausschließliche Lizenzen vergeben kann, nachdem er wieder aufgetaucht ist.

herausliest, dass eine angemessene Vergütung als Kompensation nicht ausreicht, vielmehr der tatsächliche Schaden ausgeglichen werden müsste, ergibt sich kein anderes Ergebnis.[992] Für einen „gerechten Ausgleich" im Sinne der RLOW ist nach Lesart des EuGH zur InfoSoc-RL eine Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie vorzunehmen. Im Rahmen der Lizenzanalogie spielt stets ein Vergleich mit einem ordnungsgemäßen Marktteilnehmer auf Grundlage der Billigkeit eine Rolle.[993] Für die Höhe kann deshalb auch die von der RLOW aus EW 18 vorgegebene Berücksichtigung der kulturpolitischen Zielsetzungen des Mitgliedstaats, der nicht kommerzielle Charakter der Nutzung und die im Gemeinwohl liegenden Aufgaben im Rahmen dieser Lizenz miteinbezogen werden, selbst wenn dies unter Umständen die Vergütung senkt. Dies heißt nicht, dass andere Faktoren nicht zur Erhöhung führen können, sodass ein vollständiger Ausgleich vorliegt.[994] Die RLOW passiert damit auch die dritte Teststufe, sodass kein Verstoß vorliegt.

3. *Vereinbarkeit mit europäischem Primärrecht*

a. Schutzbereich Art. 6 Abs. 3 EUV i. V. m. Art. 1 EMRK-ZP-1 und Art. 17 Abs. 1 u. 2 GRC

Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene entspringt nach Art. 6 Abs. 1 und 3 EUV der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, der Grundrechtscharta sowie nach der Rechtsprechung des EuGH auch den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten.[995] Das Urheberrecht ist dabei weder in der Grundrechtscharta noch in der EMRK ausdrücklich erwähnt. Das Eigentumsrecht ist in Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK[996] verankert. Die Verankerung im Zusatzprotokoll ändert nichts an der Geltung auf primärrechtlicher Ebene.[997] Art. 17 GRC hat den Eigentumsschutz aus Art. 1 EMRK-ZP-1 übernommen und stützt sich auf die-

---

[992] Für die Anforderungen eines Ausgleichs über eine angemessene Vergütung hinaus vgl. *Ginsburg*, Columbia Public Law Research Paper No. 09-200 (2009), S. 20 f.; unklar bleibt dabei, woraus der RBÜ eine solche Anforderung entnommen wird. Es handelt sich wohl eher um eine Unterstellung, deren Begründung auf der Hypothese aufbaut, dass im RBÜ eine vollständige Kompensation nur deshalb nicht Eingang gefunden habe, weil dies ohnehin bereits in den Rechtsordnungen der Verbandsländer vorgesehen sei. Auch aus Art. 45 Abs. 1 TRIPS ergibt sich nichts anderes, da dieser eine vorsätzliche oder fahrlässige Rechtsverletzung voraussetzt, die bei RLOW gerade nicht stattfindet.

[993] Dreier/Schulze/*Dreier*, § 97 UrhG, Rn 62.

[994] *Riesenhuber*, GRUR 2013, 582, 584.

[995] Callies/Ruffert/*Kingreen*, Art. 6 EUV, Rn 6; EuGH, C-11/70, Rn 4 - *Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide*; vgl. zur Rechtslage vor dem Vertrag von Lissabon *Jarass*, NVwZ 2006, 1089, 1091.

[996] Im folgenden EMRK-ZP-1.

[997] *Sebastian*, GRUR 2013, 524, 527.

sen.[998] Der Eigentumsschutz nach Art. 17 GRC darf daher nicht hinter Art. 1 EMRK-ZP-1 zurückbleiben.[999] Dies ergibt sich im Übrigen auch aus Art. 52 Abs. 3 GRC, der ein einheitliches Schutzniveau für entsprechende Rechte aus GRC und EMRK vorsieht. Für das Urheberrecht stellte der EGMR erstmals im Jahr 2008 fest, dass es sich dabei um Eigentum im Sinne von Art. 1 EMRK-ZP-1 handelt.[1000] Der Schutzbereich betrifft dabei auch die Möglichkeit, über das (geistige) Eigentum zu verfügen. Art. 17 Abs. 2 GRC erfasst das geistige Eigentum sogar ausdrücklich. Nach den Charta-Erläuterungen ist das Urheberrecht Gegenstand dieses Schutzes.[1001]

b. Eingriff

Art. 17 GRC kennt drei Eingriffsformen, nämlich den Eigentumsentzug, die Nutzungsregelung und die sonstigen Eigentumseingriffe.[1002] Ein Eigentumsentzug nach Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRC setzt für das Urheberrecht voraus, dass das Verwertungsrecht des Urhebers einem Dritten zugewiesen wird bzw. dem Urheber die Zuweisung des Verwertungsrechts an ihn verwehrt wird.[1003] Eine solche Rechtsfolge sieht die RLOW nicht vor. Zunächst bezieht sich die RLOW nur auf Teile der Verwertungsrechte, nämlich das der öffentlichen Zugänglichmachung und eingeschränkt auch der Vervielfältigung. Ein vollständiger Entzug der Rechtsposition liegt keinesfalls vor. Die Richtlinie RLOW bezieht sich nur auf einen Teil der Eigentumsposition. Außerdem bleibt es dem Urheber unbenommen, der Verwertung durch die privilegierte Einrichtung zu widersprechen, Art. 5 RLOW. Seine Rechtsposition wird daher nur bedingt oder vorläufig beschnitten. Für derartige vorläufige Regelungen liegt nach der Rechtsprechung kein Eigentumsentzug im Sinne von Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRC vor.[1004] Schließlich ist dem Urheber für die Ausübung der Verwertungsrechte durch die privilegierten Institutionen eine Vergütung zu zahlen, Art. 6 Abs. 5 RLOW. Als Eingriffsform kommt sonach die Nutzungsregelung in Frage. Dies sind hoheitliche Maßnahmen, die einen bestimmten Gebrauch des Eigentums gebieten oder untersagen, sei es zeitlich, räumlich oder sachlich.[1005] Im Gegensatz zum Eigentumsentzug findet kein Übergang

[998] Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C-303/23; vgl. auch EuGH, C-402, 415/05 – *Kadi*, Rn 356.

[999] Schlussantrag des Generalanwalts *Jääskinen* vom 12.12.2012 in der Rs. EuGH, C-201/11 P, C-204/11 P, C-205/11 P, C-204/11 P, C-205/11 P – *UEFA u. FIFA/ Kommission*, Rn 37.

[1000] EGMR, Urt. v. 10.1.2013, Nr. 36769/08 – *Ashby Donald u. a./Frankreich*; Urt. v. 29.4.2008, Nr. 19247/03 – *Bălan/Moldova*; ähnlich auch Schlussantrag des Generalanwalts *Jääskinen* vom 12.12.2012 in der Rs. EuGH, C-201/11 P, C-204/11 P, C-205/11 P, C-204/11 P, C-205/11 P – *UEFA u. FIFA/ Kommission*, Rn 38.

[1001] Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C-303/23.

[1002] *Jarass*, EU-GRCharta Art. 17, Rn 18.

[1003] EuGH, C-277/10 – *Luksan*, Rn 70; *Jarass*, EU-GRCharta Art. 17, Rn 18.

[1004] EGMR Urt. v. 15.11.1996, Nr. 15508/89 - *Prötsch v. Österreich*, Rn 42.

[1005] *Jarass*, EU-GRCharta Art. 17, Rn 19; vgl. zu Art. 1 ZP-EMRK; *Grabenwarter/Pabel*, § 25, Rn 12.

der Rechtsposition statt.[1006] In Abschnitt D.IV.3 wurde bereits festgestellt, dass die RLOW eine aufschiebend bedingte gesetzliche Lizenz darstellt. Entsprechend findet lediglich, wie es der Begriff der Schranke schon impliziert, eine Einschränkung oder Verkürzung der Rechtsposition des Urhebers und keine Eigentumszuweisung statt. Im Unterschied zu einer echten Zuweisung der Rechtsposition ist bei einer solchen gesetzlichen Lizenz nur die Nutzung durch den Normadressaten erlaubt, wofür dieser zu zahlen hat. Dem Urheber wird sein negatives Verbotsrecht gegenüber der privilegierten Institution genommen, solange er seinen Widerspruch nicht ausübt. Dies ist im Grunde die Kehrseite der Lizenz. Eine Erlaubnis zur eigenen Lizenzierung haben die privilegierten Einrichtungen nicht. Schließlich enthält wohl jede Nutzungsregelung einen gewissen Eigentumsentzug, während umgekehrt bei der Nutzungsregelung keine Zuweisung der Eigentumsposition notwendig ist. In Analogie zum Schrankenmodell[1007] folgt hieraus für die Eingriffsintensität aufgrund der gesetzlichen Lizenz mit dem Sonderfall der aufschiebenden Bedingung, dass sie auf der mittleren Stufe einzuordnen ist.

c. Rechtfertigung

Die Rechtmäßigkeit einer Nutzungsregelung richtet sich nach Art. 17 Abs. 1 S. 3 GRC. Ferner sind nach Art. 52 Abs. 3 GRC die Anforderungen von Art. 1 Abs. 1 EMRK-ZP-1 ebenfalls Maßstab. Zudem sind auch die allgemeinen Maßstäbe des Art. 51 Abs. 1 GRC zu beachten, da diese auf jede Beschränkung von Rechten der GRC Anwendung finden.[1008] Die Schranke muss nach Art. 52 Abs. 1 GRC den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren.[1009] Erforderlich dafür ist zunächst, dass die Schranke zur Erreichung des zulässigerweise verfolgten Ziels geeignet und erforderlich ist.[1010] Dabei ist, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen, die am wenigsten belastende zu wählen. Die dadurch bedingten

[1006] *Jarass*, EU-GRCharta Art. 17, Rn 19, mit Hinweis auf die problematische Abgrenzung zur Rechtsfigur der sog. De-facto-Enteignung, bei der die Eigentumsposition derart beschränkt wird, dass sie faktisch wertlos wird, weil jede sinnvolle Nutzung unmöglich wird; *Grabenwarter/Pabel*, § 12, Rn 25, ordnen der Nutzungsreglung auch den vorübergehenden Eigentumsentzug zu.

[1007] Vgl. Abschnitt C.V.1.b.; Schricker/Loewenheim/*Melichar*, Vor §§ 44 ff. UrhG, Rn 6; Loewenheim/*Götting*, § 30, Rn 40 ff.

[1008] *Jarass*, EU-GRCharta Art. 17, Rn 31.

[1009] EuGH, C-293/12 u. C-594/12 – *Digital Rights Ireland Ltd*, Rn 38; C-416/10 – *Križnan*, Rn 113; C-379 u. C-380/08 – *ERG*; C-402 u. 415/05 – *Kadi*, Rn 355; C-347/03 – *Friuli-Venezia*, Rn 125, (spricht vom „Grundsatz der Gesetzmäßigkeit“).

[1010] St. Rspr., z. B. EuGH, C-293/12 u. C-594/12 – *Digital Rights Ireland Ltd*, Rn 46; C 101/12 – *Schaible*, Rn 29; C-283/11 – *Sky Österreich*, Rn 50; C-581/10 – *Nelson*, Rn 71; C-343/09 – *Afton Chemical*, Rn 45; C-379 u. C-380/08 – *ERG*.

Nachteile müssen in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen.[1011]

i. Legitimes Ziel und Geeignetheit

Das mit der Schranke bezweckte Ziel muss gem. Art. 17 Abs. 1 S. 3 GRC und Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRC im öffentlichen Interesse liegen. Die Zielsetzung der RLOW liegt im öffentlichen Interesse, denn sie beabsichtigt die Bewahrung und Verbreitung des europäischen Kulturerbes, die Schaffung eines Rechtsrahmens für die Digitalisierung verwaister Werke zur Förderung von Wissen und Innovation im Binnenmarkt sowie des Lernens und der Verbreitung von Kultur.[1012]

Die RLOW eröffnet Nutzungsmöglichkeit für ein verwaistes Werk im Hinblick auf dessen Digitalisierung. Sie ermöglicht insbesondere die Zurverfügungsstellung digitaler Kopien von Büchern und anderen Werkarten. Diese Maßnahme ist sicherlich geeignet, die Erreichbarkeit und den Austausch von Wissen zu fördern, da der Zugriff auf die digitalen Medien ubiquitär stattfinden kann. Zugleich hat die digitale Kopie keine Halbwertszeit und trägt daher ganz wesentlich zur Bewahrung des kulturellen Erbes bei.

ii. Erforderlichkeit

Nach Art. 53 Abs. 1 S. 2 GRC muss die Schranke erforderlich sein, d.h. ein milderes Mittel, das das verfolgte Ziel ebenso gut erreicht und weniger belastend ist, darf nicht zu Verfügung stehen.[1013] Die RLOW stellt eine Schranke dar. Sie hebt das Ausschließlichkeitsrecht im Hinblick auf die Digitalisierung auf, weil die Zustimmung des Urhebers für die Nutzung durch die Einrichtungen nicht erforderlich ist. Wie die RLOW in ihrem Erwägungsgrund 7 erkennt, ist bei verwaisten Werken die Einholung einer Zustimmung nicht möglich. Eine Nutzung des verwaisten Werks zur Digitalisierung als Ziel der RLOW kann daher nur erreicht werden, indem die Nutzung des Werks gerade nicht von der Zustimmung der Rechtsinhaber abhängig gemacht wird. Für jede Form der Umsetzung durch die Mitgliedsstaaten im Sinne von EW 20 RLOW bleibt die Feststellung, dass die Digitalisierung verwaister Werke nur dann gestaltbar ist, wenn die Zustimmung des Rechtsinhabers nicht eingeholt werden muss. Die Beschränkung des Ausschließlichkeitsrechts ist daher erforderlich.

[1011] EuGH, C-379 u. C-380/08 – *ERG*; vgl. für diese Prüfungskriterien allgemein EuGH, C-293/12 u. C-594/12 – *Digital Rights Ireland Ltd*, Rn 46; C 101/12 – *Schaible*, Rn 29; C-283/11 – *Sky Österreich*, Rn 50; C-581/10 – *Nelson*, Rn 71; C-343/09 – *Afton Chemical*, Rn 45; C-379 u. C-380/08 – ERG; C-534/06 – *ILCO*, Rn 25; C-170/08 – *Nijemeisland*, Rn 41.

[1012] Erwägungsgründe 1, 2, 3, 20 RLOW.

[1013] EuGH, C-293/12 u. C-594/12 – *Digital Rights Ireland Ltd*, Rn 46; C 101/12 – *Schaible*, Rn 29; C-283/11 – *Sky Österreich*, Rn 50; C-581/10 – *Nelson*, Rn 71; C-343/09 – *Afton Chemical*, Rn 45; C-379 u. C-380/08 – *ERG*.

iii. Angemessenheit

Schließlich muss die Regelung angemessen sein. Dabei sind die verfolgten Ziele mit der Belastung des Betroffenen abzuwägen.[1014] Je größer die Bedeutung der mit einer Regelung verfolgten Ziele ist, desto erheblicher dürfen die negativen Konsequenzen für den Grundrechtsträger sein.[1015] Für die Bedeutung des Ziels gilt es den gesellschaftlichen Kontext zu berücksichtigen, da das Eigentum ohnehin nicht schrankenlos gewährleistet wird.[1016] Dies ergibt sich bereits aus Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRC. Für die Belastung durch eine Nutzungsregelung ist entscheidend, welche Nutzungsmöglichkeiten dem Rechtsinhaber noch verbleiben.[1017]

Die Bedeutung der RLOW ist nicht zu unterschätzen, stellt sie doch für einen nicht unwesentlichen Teil von Werken sicher, dass diese für die Öffentlichkeit zugänglich werden und dies auch bleiben. Der Erfolg von Google Books zeigt, welch hohe Relevanz der digitale und ubiquitäre Zugang zu Büchern für die Öffentlichkeit hat.

Auf der Seite der Belastung hebt die RLOW nach ihrem Art. 6 nur einen ganz bestimmten Teil der Rechtsposition auf: Sie betrifft nur diejenigen Vervielfältigungshandlungen, die zur Digitalisierung notwendig sind. Zudem sind nur wenige gemeinwohlorientierte Einrichtungen zur Nutzung im Rahmen der Bestandsakzessorietät berechtigt. Darüber hinaus stellt die sorgfältige Suche sicher, dass die Interessen des Rechtsinhabers nicht entgegenstehen. Kann ein solcher nicht ermittelt oder ausfindig gemacht werden, können seine Interessen lediglich theoretisch entgegenstehen; praktisch erst dann, wenn er wieder auftaucht. Dann ist der Rechtsinhaber durch die Entschädigungsregelung des Art. 6 Abs. 5 RLOW zumindest hinsichtlich der vermögenrechtlichen Seite der Rechtsposition geschützt. Der Eingriff ist durch die Möglichkeit des jederzeitigen Widerspruchs lediglich vorübergehender Natur. Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRC lässt für den Eigentumsentzug eine Entschädigung ausreichen. Der EuGH entschied bereits ohne weitere Diskussion zur Angemessenheit, dass es für die Verhältnismäßigkeit eines Eigentumsentzugs ausreiche, wenn eine Entschädigung gezahlt wird.[1018] Hieraus kann man den Schluss ziehen, dass dies für eine Nutzungsregelung erst recht gelten muss, da sie einen weniger intensiven Eingriff darstellt. Nach alledem ist die RLOW also als verhältnismäßig anzusehen.

[1014] EuGH, C-379 u. C-380/08 – *ERG*; C-416/10 – *Križnan*, Rn 113; C-379 u. C-380/08 – *ERG*; C-402 u. 415/05 – *Kadi*, Rn 355; C-347/03 – *Friuli-Venezia*, Rn 125.

[1015] *Jarass*, EU-GRCharta Art. 17, Rn 36, 37.

[1016] EuGH, C-248/95 – *SAM*, Rn 72; C-368/96 – *Generics*, Rn 79; C-200/96 – *Metronome Musik*, Rn 21; C-347/03 – *Friuli-Venezia*; C-306/93 – *SMW Winzersekt*, Rn 22; *Callies*, Art. 17 GRC, Rn 36, 37.

[1017] EuGH, C-200/96 – *Metronome*, Rn 27; *Callies*, Art. 17, Rn 37.

[1018] EuGH, C-416/10 – *Križnan*, Rn 115.

4. *Ergebnis*

Die RLOW verstößt nicht gegen höherrangiges Recht. Der RLOW übergeordnet ist das europäische Primärrecht sowie das Konventionsrecht. Für einen Konflikt mit dem Formalitätenverbot fehlt es an einer Formalität. Der Drei-Stufen-Test stellt im internationalen Urheberrecht den Maßstab für Ausnahmen und Beschränkungen dar. Die RLOW ist mit dem Drei-Stufen-Test vereinbar, insbesondere weil ihre Schrankenwirkung die ökonomischen Interessen eines wieder auftretenden Urhebers oder Rechtsinhabers im Blick hat und dem Rechtsinhaber oder Urheber bereits erfolgte Nutzungen vergütet werden. Dieses Ergebnis gilt bei eher wirtschaftlicher Auslegung im Sinne des WTO-Panels und erst recht bei Berücksichtigung von Interessen Dritter. Die RLOW ist mit höherrangigem europäischem Primärrecht vereinbar. Sie verfolgt ein legitimes Ziel, indem das kulturelle Erbe der europäischen Gedächtnisinstitutionen zutage gefördert werden soll. Die Richtlinie stellt dafür mit der Öffnungsklausel für diese Institutionen ein geeignetes Mittel dar. Die Einschränkung ist aufgrund des Zustimmungserfordernisses erforderlich und wegen des schmalen und gemeinwohlorientierten Ansatzes sowie des wirtschaftlichen Ausgleichs für die Rechtsinhaber angemessen.

VI. Profiteure

Die Richtlinie beabsichtigt eine im Sinne des Gemeinwohls liegende Zielsetzung. Es geht also weder um die Interessen der Urheber noch um die Interessen der Verwerter, sondern darum, die Bewahrung und Verbreitung des europäischen Kulturerbes voranzutreiben.

1. *Urheber*

Die RLOW bewirkt beim Urheber eine Beschränkung des Ausschließlichkeitsrechts. Für die Nutzung durch Institutionen erhält er eine Vergütung. Es lässt sich argumentieren, dass der Urheber von der Richtlinie ohne sein Zutun wirtschaftlich profitiert. Bis zu seinem Wiederauftauchen hat er selbst keine Verwertungshandlung vorgenommen, und diese war auch wohl kaum beabsichtigt. Anderenfalls hätte er seine Rechte vermutlich durchgesetzt. Ein ähnlicher Fall ist auch denkbar, wenn die Rechte an den Urheber zurückgefallen sind, ohne dass nunmehr für die Verwertung der durch die Richtlinie betroffenen Rechte ein gerechter Ausgleich zu zahlen ist, was einem Windfall-Profit gleichkommt. Ob der Urheber seine wiedererlangten Verwertungsrechte im Anschluss an die Verwertung durch die Institutionen auch wieder voll ausschöpfen kann, ist fraglich. Ferner ist der Vergütungsanspruch in Form des gerechten Ausgleichs aufgrund der Vorgaben der Richtlinie für die Vergütungshöhe unter Umständen geringer als bei eigenständiger Verwertung. Die RLOW hat für die Urheber also positive wie negative Auswirkungen.

2. *Verwerter*

Die kommerziellen Verwerter sind im Rahmen der Richtlinie nicht privilegiert. Sie bleiben daher von den direkten Wirkungen der Richtlinie unberührt. Allerdings gilt für sie nichts anderes als für den Urheber, wenn sie Rechtsinhaber im Sinne der Richtlinie sind. Hält beispielsweise ein Verlag die Rechte an einem Roman, die er durch den Erwerb des Bestands eines anderen Verlags erhalten hat, und bemerkt erst später seine Rechtsinhaberschaft, stellt sich bei Verwertung durch die privilegierte Einrichtung der Vergütungsanspruch als Windfall-Profit dar. Dass nur öffentlich-rechtliche Institutionen von der Richtlinie privilegiert werden, könnte sich möglicherweise als Wettbewerbsnachteil herausstellen. Dies gilt insbesondere im Bereich des Rundfunks. Werden beispielsweise Rundfunksendungen in die Archive der Rundfunkanstalten aufgenommen, treten diese in Konkurrenz zu denen privater Sender. Diesen bleiben die Diversifikationsmöglichkeiten des Online-Angebots über die RLOW verschlossen. Sie müssen sich in Deutschland mit § 137l UrhG begnügen und, soweit dieser anwendbar ist, stets eine Vergütung zahlen. Dies ist umso erstaunlicher, als § 137l UrhG für die anderen privilegierten Institutionen nicht greifen würde, denn bei ihnen besteht keine vertragliche Beziehung mit den Rechtsinhabern, die § 137l UrhG voraussetzt.[1019] Aufgrund dessen verengt sich der Anwendungsbereich der RLOW für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten auf solche Werke, die § 137l UrhG nicht erfasst. Greift § 137l UrhG, liegt schon keine Verwaisung mehr vor, sondern die Rundfunkanstalt erhält die Nutzungsrechte.

Insgesamt zeigt sich hier, dass die privilegierten Einrichtungen in die Position der Verwerter eintreten, wenn ein Werk verwaist und damit keine Verwertung mehr vorgenommen wird. Eine solche Position wäre auch für Verwertungsgesellschaften denkbar gewesen, allerdings ist die Besonderheit bei den privilegierten Institutionen, dass zunächst keine Vergütung für die Nutzung entsteht. Damit steigern die Einrichtungen ihren gesellschaftlichen Wert, weil sie kostenlosen Zugang zu den Werken schaffen.

3. *Allgemeinheit*

Die Allgemeinheit profitiert durch die geschaffene Öffnungsklausel der RLOW, indem ihr durch die privilegierten Einrichtungen massenweise Werke zugänglich gemacht werden dürfen und dafür keine Vergütung fällig wird. Wie sich die Verbreitung solcher verwaister Werke praktisch darstellt, wird die zukünftige Entwicklung zeigen. Bisher jedenfalls haben die privilegierten Einrichtungen noch

---

[1019] *Peukert*, Stellungnahme zum Vorschlag für eine EU-Richtlinie über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke, KOM (2011) 289 endgültig, 29.7.2011, S. 3, abrufbar unter: http://www.jura.uni-frankfurt.de/43640979/11-07_Stellungnahme_Peukert_RL_verwaiste_Werke_BMJ.pdf (Stand: Juli 2014).

keine derartige Reichweite entfalten können, wie es Google Books für unverwaiste Werke geschafft hat. Dies hängt damit zusammen, dass die Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht erst mit dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 27.6.2013 am 1.1.2014 eingeführt worden ist. Insofern bleibt bisher noch abzuwarten, wie schnell die Institutionen mit der Klärung ihrer Bestände im Hinblick auf verwaiste Werke vorankommen und entsprechende Angebote erstellen werden.

4. *Ergebnis*

Die RLOW schafft für alle beteiligten Gruppen Vorteile. Der Allgemeinheit wird zumindest theoretisch und wohl am Ende auch praktisch der Zugang zu verwaisten Werken ermöglicht. Die Rechtsinhaber, seien es Urheber oder Verwerter, bekommen Vergütungen, obwohl sie selbst keine Auswertung vorgenommen hatten, und erhalten insofern einen Windfall-Profit. Verwertern ohne Gemeinwohlauftrag bleibt die Möglichkeit des Angebots verwaister Werke verschlossen, sodass sie einen Wettbewerbsnachteil erleiden. Es profitieren insbesondere die Rundfunkanstalten in Deutschland, die über die Richtlinie der Vergütungspflicht entgehen können.

VII. Zusammenfassung

Die RLOW ist das europäische Instrument zur Lösung des Problems der verwaisten Werke. Ihr Anwendungsbereich ist konsequent auf das Regelungsziel zugeschnitten, der Allgemeinheit Werkzugang zu verschaffen. Die im Wege stehende Zustimmungserfordernis bzw. die Ausschließlichkeit des Urheberrechts umgeht die RLOW mit einer Öffnungsklausel für bestimmte Werke und bestimmte gemeinwohlorientierte Institutionen. Die RLOW ermöglicht Vervielfältigungshandlungen und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, um Online-Angebote zuzulassen. Zuvor ist eine umfangreiche Recherche durchzuführen, zu dokumentieren und der Status einem öffentlichen Register zu melden. Die Regelung stellt eine Schrankenregelung dar, die unter der Bedingung steht, dass der Rechtsinhaber nicht von einem jederzeit möglichen Opt-Out-Recht Gebrauch macht. Im Fall des Opt-Outs hat er einen Vergütungsanspruch gegen die begünstigten Einrichtungen. Eine Kollektivierung erfolgt durch die Richtlinie nicht, vielmehr werden nur einzelne Institutionen privilegiert. Verstöße gegen Konventionsrecht und europäisches Primärrecht bestehen nicht. Insbesondere passiert die RLOW den Drei-Stufen-Test. Die Richtlinie führt insgesamt zu einer verhältnismäßigen Lösung, ohne die Rechtsinhaber unangemessen zu benachteiligen. Urheber und Rechtsinhaber profitieren ebenso wie die Allgemeinheit, die kommerziellen Verwerter hingegen sind benachteiligt. Am meisten profitieren die privilegierten Institutionen, da sie ihren Wert für die Gesellschaft über die digitale Nutzung steigern. Dies kommt letztlich der Allgemeinheit zugute.

E. Modelle 4 und 5: Wahrnehmungsbefugnis der VG Wort

Die Verwertungsgesellschaft Wort ist ein rechtsfähiger Verein, der die Rechte seiner Mitglieder und Wahrnehmungsberechtigten treuhänderisch wahrnimmt. Mitglieder und Wahrnehmungsberechtigte sind Autoren und Verlage, die einen Wahrnehmungsvertrag mit der Verwertungsgesellschaft geschlossen haben, der ihr Rechte einräumt, die sie an Dritte vergeben kann. Das Modell „Wahrnehmungsbefugnis der VG Wort" setzt sich aus zwei Regelungen zusammen, die eng miteinander verknüpft sind, sich aber auch ganz grundlegend unterscheiden. Es geht zum einen um § 13d UrhWahrnG und zum anderen um die Änderungsklausel des Wahrnehmungsvertrags[1020] selbst. § 13d UrhWahrnG sowie die Änderungsklausel des Wahrnehmungsvertrags haben zum Ziel, die Verwertung von Urheberrechten durch die VG Wort zu erweitern, ohne dass erstmalig oder erneut ein Wahrnehmungsvertrag abgeschlossen werden müsste. Wie zu zeigen sein wird, stellt die Regelung des § 13d UrhWahrnG dabei eine Regelung für die persönliche Reichweite des Wahrnehmungsvertrags dar, während die Änderungsklausel die inhaltliche Reichweite eines bestehenden Wahrnehmungsvertrags erweitert.

I. Entstehung und Problemlage

1. *Europäischer Lösungsversuch für vergriffene Werke*

Die im vorangegangen Kapitel erörterten Richtlinie 2012/28/EU für die Nutzbarmachung verwaister Werke enthält ausdrücklich in ihrem Erwägungsgrund 4 die Aussage, dass sie die Nutzbarmachung sogenannter „vergriffener Werke" unberührt lässt. Als vergriffene Werke sind untechnisch Werke zu verstehen, deren Rechtsinhaber bekannt ist, die aber nicht mehr im Handel bezogen werden können. Der Grund für die Ausführungen im Erwägungsgrund der RL 2012/28/EU ist, dass bereits auf europäischer Ebene zwischen Vertretern von Urhebern, Verlagen, Bibliotheken und Verwertungsgesellschaften Lösungsansätze für vergriffene Werke entwickelt worden waren, um vergriffene Werke für die Sammlungen und Archive der europäischen Bibliotheken in elektronischer Form nach Digitalisierung im Internet nutzbar zu machen.[1021] Diese zwischen den Interessenvertretern vereinbarten Regelungen berücksichtigten nach Ansicht der EU-Kommission die Besonderheiten der verschiedenen Arten von Inhalten und der

[1020] Wahrnehmungsvertrag VG Wort, Fassung vom 24.5.2014, abrufbar unter: http://www.vgwort.de/fileadmin/pdf/wahrnehmungsvertrag/Vertrag_Urheber_Muster.pdf (Stand: Juli 2014).

[1021] *European Commission* – Memorandum of Understanding „Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works" vom 20.9.2011, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/20110920-mou_en.pdf (Stand: Juli 2014).

verschiedenen Nutzer und wurden insgesamt von einem Konsens der betroffenen Gruppen getragen.

Das Ergebnis dieses Abstimmungsprozesses der beteiligten Gruppen wurde in einem Memorandum of Understanding (MoU) vom 20. September 2011[1022] festgeschrieben und durch den damaligen EU-Kommissar Barnier bezeugt.[1023] Dieses MoU stellt den Grundstein zur Lösung der Problemlage für vergriffene Werke dar. Das MoU war Ergebnis der Aufforderung der Mitgliedsstaaten und der Kommission, „dass zwischen den Nutzern, Rechtsinhabern und Verwertungsgesellschaften auf freiwilliger Basis geschlossenen Vereinbarungen über die Vergabe von Lizenzen für die Nutzung von vergriffenen Werken nach den im MoU enthaltenen Grundsätzen die erforderliche Rechtssicherheit im nationalen und grenzüberschreitenden Rahmen zugute kommt."[1024] Ebenso wie die Richtlinie 2012/28/EU ist das MoU Teil der Digitalen Agenda für Europa.[1025] Ihr ging ein achtmonatiger Branchendialog zwischen Interessenvertretern der europäischen Dachverbände von Verlagen, Urhebern, Bibliotheken und Verwertungsgesellschaften voraus.[1026] Ziel des MoU ist damit – gleichlaufend mit dem der Digitalen Agenda für Europa – der „Ausbau der digitalen Bibliotheken in Europa und der Zugang zum europäischen Kulturerbe über das Internet"[1027]. Das MoU flankiert die Richtlinie 2012/28/EU und wurde als sogenannte „Lizenzierungslösung über Verwertungsgesellschaften für verwaiste sowie vergriffene Printwerke"[1028] verabredet.

Nach dem MoU sind vergriffene Werke solche, die in allen Vertriebsformen nicht mehr im Handel erhältlich sind, ungeachtet der Existenz materieller Vervielfältigungsstücke in Bibliotheken oder der Öffentlichkeit, wozu auch Second-Hand-Buchhandlungen und Antiquariate gehören.[1029] Wann ein Werk vergriffen ist, ist allein in dem Land und nach den dort vorhandenen bibliographischen Daten zu bewerten, in dem das Werk erstmals veröffentlicht wurde.[1030] Bereits hieran

---

[1022] *European Commission* – Memorandum of Understanding „Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works" vom 20.9.2011, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/20110920-mou_en.pdf (Stand: Juli 2014).

[1023] *EU-Kommission*, Pressemitteilung IP/11/1055 vom 20.9.2011.

[1024] Erwägungsgrund 4 der RL 2012/28/EU.

[1025] *EU-Kommission*, Pressemitteilung IP/10/581 vom 19.5.2010.

[1026] *EU-Kommission*, Pressemitteilung IP/11/1055 vom 20.9.2011.

[1027] *EU-Kommission*, Pressemitteilung IP/11/1055 vom 20.9.2011

[1028] BT-Drs. 17/13423, S. 17.

[1029] *European Commission* – Memorandum of Understanding „Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works" vom 20.9.2011, S. 2, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/20110920-mou_en.pdf (Stand: Juli 2014).

[1030] *European Commission* – Memorandum of Understanding „Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works" vom 20.9.2011, S. 2, abrufbar unter:

zeigt sich der wesentliche Unterschied zwischen vergriffenen und verwaisten Werken. Bei vergriffenen Werken ist der Rechtsinhaber regelmäßig bekannt. Entsprechend zielte das MoU primär auf die Möglichkeit der Lizenzierung vergriffener Werke vor dem Hintergrund der Schwierigkeit, dass es sich dabei für Bibliotheken um ein Massenverfahren handelt.[1031] Das MoU ist beschränkt auf Bücher und Fachzeitschriften und legt Rahmenbedingungen für Vereinbarungen zwischen den Parteien auf nationaler Ebene fest, wie die Verwertungsgesellschaften nationale und multinationale Lizenzen für vergriffene Werke erhalten und vergeben können. Erklärtes Ziel ist es, vergriffene Werke digital nutzbar zu machen, ohne dabei die Rechte der Urheber zu beschränken. Die Richtlinie 2012/28/EU sowie auch die InfoSoc-RL (Art. 5) lassen eine solche gesetzliche Einschränkung des Urheberrechts nicht zu. Die Gesetzesbegründung zum Gesetz zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes nimmt explizit Bezug auf sie.[1032]

2. *Bestehende Praxis der VG Wort*

Die Praxis der VG Wort ermöglichte es ihr bereits vor dem MoU, Lizenzen für vergriffene Werke zu vergeben. Dies geht auf einen Vorschlag der Literaturkonferenz zurück.[1033] Bereits mit der Änderung des Wahrnehmungsvertrags im Jahr 2009 wurde der VG Wort das Recht eingeräumt, digitale Nutzungen von vergriffenen Werken zu lizenzieren.[1034] Die Regelung sah dazu vor, dass der Rechtsinhaber vor einer solchen Lizenzierung zustimmen muss und die Einräumung jederzeit widerrufen werden kann.[1035] Hintergrund der Regelung war zunächst die damit verbundene Möglichkeit für die VG Wort, mit Google Books und europäischen Digitalisierungsprojekten Vereinbarungen zu schließen, damit vergriffene Werke digital zugänglich gemacht werden können.[1036]

Für die Wahrnehmung von Rechten, die einer Verwertungsgesellschaft bisher nicht eingeräumt worden sind, stellt sich das grundsätzliche Problem, wie diese nachträglich von der Masse der Urheber zu der Verwertungsgesellschaft gelangen, damit diese Lizenzen an Dritte erteilen kann. Die schlichte Änderung des Wahrnehmungsvertrags durch die Mitgliederversammlung der Verwertungsgesellschaft

http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/20110920-mou_en.pdf (Stand: Juli 2014).

[1031] *European Commission* – MEMO/11/619 vom 20.9.2011, S. 2.

[1032] BT-Drs. 17/13423, S. 17.

[1033] *Staats*, ZUM 2013, 446, 451.

[1034] Zur vorherigen Rechtslage vgl. *Spindler/Heckmann*, GRUR Int. 2008, 271, 277.

[1035] *VG Wort*, Wortreport August 2009, S. 2: „In § 1 werden Nr. 25 und Nr. 26 neu eingefügt: *25. das Recht, vergriffene Werke in digitaler Form zu vervielfältigen und digitale Kopien vergriffener Werke öffentlich zugänglich zu machen. Die Ausübung dieses Rechts durch die VG WORT steht unter dem Vorbehalt der vorherigen Einwilligung der Rechtsinhaber. Diese Rechtseinräumung kann jederzeit widerrufen werden.*"

[1036] *VG Wort*, Wortreport, August 2009, S. 2.

hat keine Auswirkungen auf bereits abgeschlossene Wahrnehmungsverträge. Der Wahrnehmungsvertrag ist dem Grunde nach eine treuhänderische Rechtseinräumung an die Verwertungsgesellschaft und seiner Natur nach ein urheberrechtlicher Nutzungsvertrag eigener Art.[1037] Für die Wahrnehmung neuer Rechte, also von Rechten, die entweder unberücksichtigt geblieben sind oder noch unbekannt waren, besteht daher die grundsätzliche Problemlage, dass die Urheber rechtsgeschäftlich entweder einen neuen Wahrnehmungsvertrag abschließen oder der Änderung ihres Wahrnehmungsvertrags zustimmen müssten. Dies ist ein ebenso zeitraubendes wie kostenintensives Unterfangen, das dazu führen würde, dass die grundsätzlich mit der kollektiven Verwertung einhergehenden positiven Skaleneffekte dahinschmelzen, weil die Transaktionskosten steigen. Praktisch müsste die Verwertungsgesellschaft damit allen ihren Mitgliedern einen neuen Wahrnehmungs- oder einen Änderungsvertrag zukommen lassen. In Anbetracht der Mitgliederzahl der VG Wort von fast 500.000 im Jahr 2013 wäre dies ein kostenintensiver Aufwand, der sich in der Ausschüttungssumme an die Mitglieder negativ niedergeschlagen hätte.[1038] Die Verwertungsgesellschaft nutzt daher eine Änderungsklausel in § 5 des Wahrnehmungsvertrags, die es ermöglicht, Änderungen in bereits abgeschlossene Wahrnehmungsverträge einzubeziehen. Vor der Streichung des § 31 Abs. 4 UrhG a.F. diente die Klausel darüber hinaus der Einbeziehung von unbekannten Nutzungsarten in den Wahrnehmungsvertrag.[1039]

Die Änderungsklausel stellt einen Bestandteil des hier zu prüfenden Modells dar. Sie wurde vornehmlich dazu genutzt, den Rechtekatalog des Wahrnehmungsvertrags zu erweitern. Dies ist insbesondere deshalb notwendig, weil durch den technischen Fortschritt stets neue Nutzungsarten entstehen können, die aufgrund von § 31 Abs. 4 UrhG a.F. nicht pauschal übertragen werden konnten.[1040] Die Zulässigkeit derartiger Einbeziehungsklauseln wurde stets kontrovers diskutiert.[1041] Kernproblem ist dabei, dass grundsätzlich eine Willenserklärung des Urhebers erforderlich ist. Diese kann zwar eingeholt werden, ist aber unpraktikabel. Die Regelung des § 5 WV VG Wort sieht deshalb vor, keine ausdrückliche Zustimmung des Urhebers zu verlangen, sondern seine Zustimmung wird vielmehr fingiert. Mit der Streichung des § 31 Abs. 4 UrhG a.F. dürfte sich die Situation entspannen und die Einbeziehungsklausel an Relevanz verlieren, weil jetzt auch eine Einräumung von unbekannten Nutzungsarten möglich ist. Wie diese beiden Regelungen sich vereinbaren lassen, wird zu zeigen sein. Zu beachten ist, dass

---

[1037] *Flechsig*, ZUM 2013, 745, 750; Schricker/Loewenheim/*Katzenberger*, § 6 UrhWahrnG, Rn 4.

[1038] *VG Wort*, Geschäftsbericht 2013, S. 4, abrufbar unter: http://www.vgwort.de/fileadmin/pdf/geschaeftsberichte/Gesch%C3%A4ftsbericht_2013.pdf (Stand: Juli 2014).

[1039] *Siebert*, S. 19.

[1040] Vgl. *Siebert*, S. 112.

[1041] Schricker/Loewenheim/*Reinbothe*, § 6 UrhWahrnG, Rn 5.

auch die Einräumung unbekannter Nutzungsarten selbst in den Wahrnehmungsvertrag einer Einbeziehungsklausel bedarf.

3. *Außenseiterproblem*

Die Zielsetzung der Regelung aus dem Wahrnehmungsvertrag und des MoU ist kulturpolitisch getrieben.[1042] Es geht darum, dass der Allgemeinheit die Möglichkeit eröffnet wird, in den Genuss von Werken zu kommen, für die kein kommerzielles Verwertungsinteresse mehr besteht. Der Anreiz des Urheberrechts für die Verwertung solcher Werke ist schlicht entfallen, weil es keinen oder einen zu kleinen Markt für diese Werke gibt. Ihr Vertrieb ist beispielsweise aufgrund hoher Lager- und Marketingkosten unrentabel.[1043]

Das Problem, dass die Öffentlichkeit nicht mehr in den Genuss vergriffener Werke kommen kann, betrifft allerdings nicht nur solche Werke, deren Urheber einen Wahrnehmungsvertrag mit der VG Wort abgeschlossen haben, sondern alle Werke. Eine allgemeine Verwertungsgesellschaftspflicht gibt es in Deutschland nicht. Die Gewährleistung der Lizenzierung über die Verwertungsgesellschaft setzt stets den Abschluss eines Wahrnehmungsvertrags voraus. Befugnisse zur Rechteverwertung hat die Verwertungsgesellschaft deshalb grundsätzlich nur, wenn ihr die Rechte von einem Rechtsinhaber mittels Wahrnehmungsvertrag eingeräumt werden. Die Folge ist, dass diejenigen vergriffenen Werke, für die keine vertragliche Wahrnehmung mit einer Verwertungsgesellschaft abgeschlossen wurde, nicht von der Verwertungsgesellschaft lizenziert werden können: das sogenannte Außenseiterproblem. Eine Befugnis zur Wahrnehmung auch deren Rechte ist lediglich mittels einer gesetzlichen Lösung möglich. Eine entsprechende gesetzliche Regelung wurde daher mit Art. 2 des Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 1.10.2013 mit der Aufnahme von § 13d und e UrhWahrnG in das Urheberrechtswahrnehmungsgesetz eingeführt. Die amtliche Begründung führt aus, dass „für eine umfassende Nutzung sämtlicher vergriffener Printwerke […] auch eine Regelung für diejenigen Werke zu treffen [ist], deren Rechtsinhaber keine Verwertungsgesellschaft mit der Wahrnehmung ihrer Rechte beauftragt haben, sogenannte Außenseiter."[1044]

4. *Ergebnis*

Vergriffene Werke sind solche, die nicht mehr über den Handel bezogen werden können. Diese der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen, ist Anliegen der Europäischen Union. Regelungen für vergriffene Werke sollen über eine Lizenzie-

[1042] *Staats*, ZUM 2013, 446, 451.
[1043] *EU-Kommission*, Pressemitteilung IP/11/1055 vom 20.9.2011.
[1044] BT-Drs. 17/13423, S.18.

rungslösung gefunden werden. Die VG Wort nimmt die Rechte für vergriffene Werke wahr, indem sie von einer Änderungsklausel Gebrauch macht. Im Zentrum der europäischen Bestrebungen, des Urheberrechtsänderungsgesetzes vom 1.10.2013 sowie auch der Änderungslösung der VG Wort steht das Ziel, Rechte von Rechtsinhabern, die gar keinen Wahrnehmungsvertrag mit der Verwertungsgesellschaft abgeschlossen haben, sowie die Verwertung von Rechten von Wahrnehmungsberechtigten wahrzunehmen, die noch keinen Eingang in den ursprünglichen Wahrnehmungsvertrag gefunden haben.

II. Interessenlage

1. Interesse der Urheber

In seiner Funktion als Präsident des Europäischen Schriftstellerkongresses nahm *Hiidenmaa* zum MoU wie folgt Stellung: „In der Absichtserklärung wird die zentrale Rolle der Autoren anerkannt, ihre Bücher kommen erneut in Umlauf, und die Leser können die Bücher lesen, so oft sie wollen." Es zeigen sich daran drei wesentliche Punkte. Nämlich zum Ersten, dass den Urhebern ihre „zentrale Rolle" nicht aberkannt werden soll. Das Interesse der Urheber besteht – wie bei verwaisten Werken – darin, dass die Urheberrechte gewahrt und nicht einfach beschränkt werden. Zweitens zeigt sich an der positiven Bewertung der Tatsache, dass die Werke „erneut in Umlauf" kommen, das Interesse der Urheber an der Verwertung sowie daran, an den Früchten ihrer Werke partizipieren zu können und deren Geschicke zu steuern. Drittens ist mit der Aussage „die Leser können die Bücher lesen, so oft sie wollen" das Ziel der Urheber erkennbar, den Werkgenuss einem möglichst breiten Publikum zu ermöglichen. Der Urheber hat also nicht bloß die Verwertung im Sinn, sondern verfolgt auch ideelle Ziele. Schließlich steht die Konservierung der Werke im Fokus.

Neben diesen Themen ist das Bestreben der Urheber auch, Sicherheit und Nachhaltigkeit bei der Vergütung zu erreichen, sollte zunächst ein Dritter für den eigentlich berechtigten Urheber vereinnahmen.[1045] Zugleich ist wohl die Annahme gerechtfertigt, dass die Bindung des Urhebers zu einem lediglich vergriffenen Werk viel stärker ausgeprägt sein wird als bei einem verwaisten Werk. Denn ein Vergriffensein hat einen stark wirtschaftlichen Hintergrund, der insbesondere darin liegen kann, dass sich z. B. der Buchdruck erst ab einer gewissen Auflage

[1045] Vgl. die ähnliche Problematik bei verwaisten Werken, Protokoll zur 138. Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages 17. Wahlperiode, 10.6.2013, Stellungnahme Sachverständiger *Dr. Staats*, S. 27, abrufbar unter: http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzes materialien/17_wp/UrheberR_verwaiste_Werke_BReg/wortproto2013.pdf;jsessionid=1FF5AAB99EDC2F9DE24B21E68BA97DC9.2_cid329?__blob=publicationFile (Stand: Juli 2014).

wirtschaftlich lohnt. Dies kann dazu führen, dass Werke im Bereich von speziellen wissenschaftlichen Themen mit geringer Leserschaft oder kurzer Halbwertszeit, beispielsweise in der Naturwissenschaft, schneller vergriffen sind als im Bereich der Belletristik oder Forschungsergebnisse von Historikern.[1046] Das Interesse des Urhebers an der Verwertung ist aber nicht erschöpft, nur weil sich kein Verwerter mehr findet. In diesem Fall bietet die Nutzung der elektronischen Vermarktung aufgrund der viel geringeren Vertriebskosten neue Möglichkeiten zur eigenständigen Verwertung durch den Urheber. Das Erschließen dieser Möglichkeiten kann für Urheber insbesondere im Hinblick auf ein Spezialpublikum interessant sein, dem unter Umständen der kostenlose Zugang zum Werk ermöglicht werden soll, um Forschungsergebnisse einem weltweiten Fachpublikum zugänglich zu machen und damit die Reputation des Urhebers zu fördern. Eine solche eigenständige Verwertung ist dem Urheber nur dann möglich, wenn das Werk nicht über eine Verwertungsgesellschaft verwertet wird. Dies gilt für Außenseiter, aber auch für diejenigen, die einen Wahrnehmungsvertrag mit einer Verwertungsgesellschaft geschlossen haben, wenn ihnen zum Zeitpunkt des Abschlusses der Onlinevertrieb noch nicht bekannt war. Hier wird ihnen an der freien Bestimmung des Verwertungsprozesses für diese Rechte gelegen sein. Für die Änderung des Wahrnehmungsvertrags geht es für die Urheber darum, das letzte Wort über die Erweiterung des Vertrags zu behalten, sodass sie nicht einseitig durch die Verwertungsgesellschaft erfolgen kann.

2. *Interesse der Verwerter*

Das Interesse der Verwerter an vergriffenen Werken ist, soweit es die Verlage betrifft, regelmäßig beendet. Würde die Verwertung wirtschaftlich noch Gewinne generieren, würde der Verlag es wohl kaum zum Vergriffensein des Werkes kommen lassen, sondern es vielmehr weiter lieferbar halten oder neu auflegen.[1047] Der Börsenverein und auch die VG Wort durch ihre Vertreter im Gesetzgebungsprozess warben bereits 2011 für eine Lösung, die nicht das „Kronrecht" des Urhebers, über das „Ob" einer digitalen Verwertung des Werks zu entscheiden, berühre. Eine Schranke wurde abgelehnt. Vielmehr favorisiert auch die Verwerterseite

[1046] Protokoll zur 138. Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages 17. Wahlperiode, 10.6.2013, Stellungnahme Sachverständiger *Prof. Götting*, S. 9, abrufbar unter: http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzes materialien/17_wp/UrheberR_verwaiste_Werke_BReg/wortproto2013.pdf;jsessionid= 1FF5AAB99EDC2F9DE24B21E68BA97DC9.2_cid329?__blob=publicationFile (Stand: Juli 2014).

[1047] *Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht,* Stellungnahme zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 20. Februar 2013, S. 24 f., abrufbar unter: http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/Stellungnahme-BMJ-UrhG_2013-3-15-def1.pdf (Stand: Juli 2014).

eine lizenzvertragliche Lösung.[1048] Dies ist nachvollziehbar, weil damit eine individuelle Ausgestaltung für die Verlage möglich bleibt. Dies gilt für die Änderung des Wahrnehmungsvertrages gleichermaßen, da anderenfalls Rechte in die kollektive Auswertung fallen, die für die Verwerter interessant sind. Daneben, argumentierte der Börsenverein, müssen Regelungen für vergriffene Werke das Ursprungslandprinzip wahren. Die Regelung darf also nur für in Deutschland verlegte und erschienene Bücher gelten. Hintergrund ist, dass kein Vertrauen in ausländische Verwertungsgesellschaften besteht.[1049] Die Nutzung von vergriffenen Werken ist vor dem Hintergrund verfassungsmäßiger Legitimation nur durch gemeinwohlorientierte Einrichtungen möglich.[1050] Eine neue Konkurrenzsituation im Buchhandel wird damit ebenfalls ausgeschlossen und ist wohl auch in dessen Sinne. Schließlich bleibt für die Verwerter stets das Anliegen, die Verwertung möglichst rechtssicher und hinsichtlich möglicher Lizenzkosten kalkulierbar zu gestalten, sodass Investitionen lohnend bleiben.[1051] Den Referentenentwurf aus dem Jahr 2013 für das Gesetz zur Regelung vergriffener und verwaister Werke begrüßt der Börsenverein des Deutschen Buchhandels als den entscheidenden Durchbruch, weist aber darauf hin, dass die privilegierten Einrichtungen keinen wirtschaftlichen Nutzen ziehen dürfen.[1052]

Im Hinblick auf die Änderung des Wahrnehmungsvertrags haben die Verwerter dasselbe Interesse wie die Urheber, da auch sie in Teilen Mitglieder von Verwertungsgesellschaften sind. Soweit es die Möglichkeit der Lizenzierung von der VG Wort betrifft, haben die Verlage ein enormes Interesse daran, die Rechte für

---

[1048] *Börsenverein des Deutschen Buchhandels*, Stellungnahme zur Anhörung des Deutschen Bundestags zur Digitalisierung verwaister und vergriffener Werke vom September 2011, S. 2, abrufbar unter: http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Stellungnahme_Bundestagsanhoerung_vergriffene_Werke_09_11.pdf (Stand: Juli 2014).

[1049] *Börsenverein des Deutschen Buchhandels*, Stellungnahme zur Anhörung des Deutschen Bundestags zur Digitalisierung verwaister und vergriffener Werke vom September 2011, S. 2, abrufbar unter: http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Stellungnahme_Bundestagsanhoerung_vergriffene_Werke_09_11.pdf (Stand: Juli 2014).

[1050] *Börsenverein des Deutschen Buchhandels*, Stellungnahme zur Anhörung des Deutschen Bundestags zur Digitalisierung verwaister und vergriffener Werke vom September 2011, S. 2, abrufbar unter: http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Stellungnahme_Bundestagsanhoerung_vergriffene_Werke_09_11.pdf (Stand: Juli 2014).

[1051] *Max-Planck-Instituts für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht,* Stellungnahme des zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 20. Februar 2013, 15.2.2013, S. 24 f., abrufbar unter: http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/Stellungnahme-BMJ-UrhG_2013-3-15-def1.pdf (Stand: Juli 2014).

[1052] *Börsenverein des Deutschen Buchhandels*, Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 20. Februar 2013 Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister Werke und zu weiteren Änderungen des Urheberrechtsgesetzes und des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes vom 20. Februar 2013, abrufbar unter: http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Stellungnahme_Dritter_Korb_Endfassung.pdf (Stand: Juli 2014).

die digitale Verwertung selbst wahrzunehmen. Insbesondere, weil viele Onlinerechte keine klassische Zweitverwertung darstellen.

3. *Interesse der Allgemeinheit*

Das Interesse der Allgemeinheit an einer Verwertungsmöglichkeit von vergriffenen Werken durch Verwertungsgesellschaften liegt in der Kulturförderung und dem möglichst breiten und mit geringen Kosten verbundenen Zugang zu Information. Für die Allgemeinheit ist daher ein weiter Nutzerkreis wünschenswert, ebenso wie ein möglichst einfaches Verfahren zur Nutzbarmachung der Werke.[1053] Im Hinblick auf den Zugang zu vergriffenen Werken unterscheidet sich die Interessenlage im Grundsatz nicht von der bei verwaisten Werken, sodass hier auf Abschnitt D.II.3 verwiesen wird. Dies erkennt auch die Gesetzesbegründung zu § 13d UrhWahrnG insofern an, als sie davon ausgeht, dass verwaiste Werke in der Regel auch vergriffene Werke sind.[1054] Dies ist nachvollziehbar, denn ein Werk, das noch im Handel vertrieben wird, wird regelmäßig einen Rechtsinhaber haben, der diesen Vertrieb veranlasst und seine Früchte zieht. Der Rechtsinhaber wird regelmäßig ausfindig gemacht werden können. Ist ein Werk hingegen im Sinne der RLOW verwaist, ist davon auszugehen, dass es nicht mehr im Handel lieferbar ist. Ausnahmekonstellationen sind dann denkbar, wenn ein Werk nie im Handel vertrieben wurde, beispielsweise wenn es sich um Werke handelt, die erst im Nachlass eines Künstlers gefunden werden. In dieser Konstellation ist ein Vergriffensein nicht denkbar, da das Werk nie „greifbar“ war bzw. unveröffentlicht ist.

Im Hinblick auf die Änderung des Wahrnehmungsvertrags hat die Allgemeinheit ebenfalls ein Interesse daran, dass über die Verwertungsgesellschaften diejenigen Rechte lizenziert werden können, bei denen die kollektive Verwertung sinnvoll ist, und die so zu einem funktionierenden System beitragen, in dem bei den Verwertungsgesellschaften alle bekannten Nutzungsarten lizenziert werden können.

4. *Ergebnis*

Das Interesse der Allgemeinheit besteht in Werkzugang und -erhaltung. Für die Urheber geht es darum, die zentrale Rolle im Umgang mit ihrem Werk zu spielen, eine möglichst gute Vergütung zu sichern und das Werk zu verbreiten. Im Hinblick auf neue Verwertungsformen möchten die Urheber ihre Entscheidungshoheit für oder gegen eine kollektive Verwertung behalten. Dies spielt insbesondere

---

[1053] *Berger*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Regelung zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und weiterer Änderungen des Urheberrechtsgesetzes und des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes vom 8. Juli 2014 (Drs 17/13423), 10.6.2013, abrufbar unter: http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=2843&id=1217 (Stand: Juli 2014).

[1054] BT-Drs. 17/13423, S. 18.

für die neuen Möglichkeiten im Onlinebereich eine Rolle. Die Verwerter sprechen sich ebenfalls für die Erhaltung der Entscheidungshoheit der Urheber aus, damit auch sie weiter zunächst auf individueller Basis mit diesen kontrahieren können. Schließlich geht es ihnen auch darum, dass getätigte Investitionen nicht entwertet werden.

III. Regelungsgehalt und Konzeption

Für die folgende Darstellung von Regelungsgehalt und Konzeption erfolgt die Prüfung der Änderung des Wahrnehmungsvertrags und von § 13d UrhWahrnG zur Übersichtlichkeit getrennt.

1. *Anwendungsbereich*

a. Zeitlicher Anwendungsbereich

i. Änderung des Wahrnehmungsvertrags VG Wort

Eine zeitliche Einschränkung ergibt sich aus dem Wahrnehmungsvertrag für die Änderungsmöglichkeit nicht. Änderungen sind jederzeit möglich. Aufgrund der Anknüpfung an die Mitgliederversammlung ist eine Änderung oder Ergänzung des Wahrnehmungsvertrags in der Regel nur einmal pro Jahr möglich. Ausnahmsweise könnte nur eine außerordentliche Mitgliederversammlung einberufen werden. Für die Vertragsdauer sieht der Wahrnehmungsvertrag keinerlei Beschränkungen vor. Er bezieht sich auf alle urheberrechtlich geschützten Werke in seinem sachlichen Anwendungsbereich, solange Urheberrechtsschutz besteht und der Wahrnehmungsvertrag nicht gekündigt wird, § 11 WV VG Wort. Der Wahrnehmungsvertrag wird mit den Erben fortgesetzt, § 8 Abs. 2 WV VG Wort.

ii. § 13d UrhWahrnG

Der zeitliche Anwendungsbereich des § 13d UrhWahrnG ist beschränkt auf Werke, die vor dem 1.1.1966 veröffentlicht wurden. Dieser Stichtag geht angeblich auf den Vorschlag der Literaturkonferenz vom 19.10.2009 zurück, dem die Überlegung zugrunde liegt, dass die wirtschaftliche Verwertung dieser Werke abgeschlossen ist.[1055] Der Vorschlag bezieht sich jedoch auf verwaiste Werke und macht keine Ausführungen zu einem etwaigen Datum. Vielmehr taucht der Stichtag erstmals im Entwurf der Bundestagsfraktion der SPD auf, ohne dass der Hintergrund in der wirtschaftlichen Auswertbarkeit gesehen wird.[1056] Zutreffend ist wohl eher, dass der Gesetzgeber für Werke ab dem 1.1.1966 auf die in Modell 2 gezeigte Lösung der Rechtefiktion des §137l UrhG setzt. Zu bedenken ist dabei, dass

[1055] *Staats*, ZUM 2013, 446, 451.
[1056] BT-Drs. 17/3991, S. 3.

§ 13d UrhWahrnG im Hinblick auf den Zugang zu Rechten eine Regelung ausschließlich im Sinne des Allgemeinwohls trifft, während § 137l UrhG dieses Ziel erreichen möchte, indem er individuellen Verwertern Rechte einräumt.[1057] Ob die gesetzgeberische Entscheidung tatsächlich planvoll getroffen wurde, mag bezweifelt werden. Die Annahme, dass eine wirtschaftliche Verwertung von Printwerken, die vor dem 1.1.1966 veröffentlicht wurden, abgeschlossen ist, ist wohl grundsätzlich richtig. Für die wirtschaftliche Verwertung ist die Wahl des Inkrafttretens des UrhG willkürlich und keine taugliche Begründung. Käme es auf den Zyklus der wirtschaftlichen Verwertung an, müsste für jede einzelne Werkkategorie innerhalb der Printwerke eine eigene Frist eingeführt werden. Der wirtschaftliche Zyklus eines Romans ist beispielsweise länger als der einer Zeitung. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass der Anwendungsbereich überwiegend als zu eng empfunden wird.[1058] Insofern ergibt auch der Vorschlag einer „moving wall" wenig Sinn, bei der die Zeitgrenze von Jahr zu Jahr nachgezogen wird, aber in ihrer Länge gleich bleibt.[1059] Eine Differenzierung ist damit nicht zu erreichen.

Die Frage der Relevanz des Begriffs der Vergriffenheit reduziert die Regelung durch ihren engen zeitlichen Anwendungsbereich auf ein Minimum. Sie wird sich nur ausnahmsweise stellen. Durch den sehr engen Anwendungsbereich und die weit zurückliegende Zeitgrenze liegt es nahe, dass diese Werke regelmäßig nicht mehr lieferbar sind. Denn der wirtschaftliche Zyklus der Verwertung wird regelmäßig abgeschlossen sein, sodass keine oder eine nur sehr geringe Nachfrage nach dem Werk besteht. Unabhängig von der Ausgestaltung von Recherchepflichten wird man bereits aufgrund der Zeitgrenze schnell zum Ergebnis der Vergriffenheit gelangen. Zugleich werden nur ausnahmsweise Werke noch lieferbar sein, sodass selbst ohne Recherchepflichten die Zeitgrenze einen Schutz für die Rechtsinhaber bietet, nicht zu schnell in den Anwendungsbereich der Regelung zu fallen. Schließlich erübrigt sich durch die Zeitgrenze auch die Frage, wie lange ein Werk nicht mehr lieferbar sein muss, um als solches zu gelten.

Insgesamt verengt die Regelung den Anwendungsbereich enorm, schafft damit aber zugleich die Möglichkeit eines schlanken Regelungskonzepts ohne große Recherchepflichten und Diskussionen um mögliche dezidierte Fristen der Vergriffenheit für einzelne Werkkategorien. Insoweit wird womöglich ein Gleichlauf mit der Regelung zu verwaisten Werken hergestellt, bei denen nicht nur der Verleger, sondern auch der Urheber kein Interesse an der Verwertung mehr hat.

[1057] So auch *Spindler*, ZUM 2013, 349, 356 f.

[1058] *de la Durantaye*, ZUM 2013, 437, 442, *Spindler*, ZUM 2007, 349, 357; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 892; a.A. wohl *Staats*, ZUM 2013, 446, 451, der sogar eine Übereinstimmung mit der Definition aus dem MoU sieht. Dies verwundert, weil darin keine zeitliche Beschränkung enthalten ist.

[1059] Diesen Vorschlag macht *Staats*, ZUM 2013, 446, 451.

b. Persönlicher Anwendungsbereich

i. Änderung des Wahrnehmungsvertrags VG Wort

Der persönliche Anwendungsbereich betrifft entsprechend der Natur des Wahrnehmungsvertrags nur diejenigen, die den Wahrnehmungsvertrag abgeschlossen haben. Sie sind von der Regelung betroffen. Die Verwertungsgesellschaft hat aufgrund des Wahrnehmungszwangs aus § 6 UrhWahrnG regelmäßig keine Möglichkeit, den Abschluss eines Wahrnehmungsvertrags abzulehnen. Durch den Wahrnehmungszwang ist die VG Wort, wie auch alle anderen Verwertungsgesellschaften, verpflichtet, die Rechte und Ansprüche der Rechtsinhaber innerhalb ihres Tätigkeitsbereichs zu übernehmen. Dies ergibt sich aus Erlaubnisbescheid § 2 UrhWahrnG und Satzung.[1060] Der Wahrnehmungsvertrag der VG Wort ist auf Sprachwerke ausgelegt und richtet sich an die von der VG Wort vertretenen sechs Berufsgruppen.[1061] Rechtsinhaber, die einen Wahrnehmungsvertrag bei der VG Wort abschließen, sind Autoren, Übersetzer und Verleger von schöngeistiger Literatur, Sach- und Fachliteratur sowie Journalisten und Bühnenverleger.[1062] Daraus folgt der persönliche Anwendungsbereich des § 5 WV VG Wort mit ihren insgesamt 400.000 Autoren und 10.000 Verlagen.[1063] Außerdem sind neuerdings Presseverleger mit Leistungsschutzrecht aus § 87f UrhG wahrnehmungsberechtigt.[1064] Die Satzung der VG Wort unterscheidet zwischen Wahrnehmungsberechtigten und Mitgliedern. Wahrnehmungsberechtigte sind nach der Satzung alle, die ihre Nutzungsrechte und Vergütungsansprüche zur treuhänderischen Wahrnehmung an die VG Wort abgetreten haben.[1065] Für die Mitgliedschaft sind eine dreijährige Wahrnehmungsberechtigung sowie weitere Voraussetzungen, darunter eine gewisse Mindestausschüttung, erforderlich.[1066]

[1060] Schricker/Loewenheim/*Reinbothe*, § 6 UrhWahrnG, Rn 2.

[1061] § 2 Abs. 2 Satzung der VG Wort in der Fassung vom 20.5.2010, abrufbar unter: http://www.vgwort.de/publikationen-dokumente/satzung.html (Stand: Juli 2014).

[1062] § 2 Abs. 2 Satzung der VG Wort in der Fassung vom 20.5.2010, abrufbar unter: http://www.vgwort.de/publikationen-dokumente/satzung.html (Stand: Juli 2014), Schricker/Loewenheim/*Reinbothe*, Vor §§ 1 ff. UrhWahrnG, Rn 14.

[1063] *VG Wort*, Broschüre, S. 13, Stand: Mai 2014.

[1064] § 1 Nr. 29, 30 WV VG Wort; Pressemitteilung *VG Wort* vom 2.12.2013, „Einstimmiges Ja zu Wahrnehmung des Leistungsschutzrechts", abrufbar unter: http://www.vgwort.de/fileadmin/pdf/pressemitteilungen/Leistungsschutzrecht_VG_WORT_PM_2.12.2013.pdf (Stand: Juli 2014).

[1065] § 2 Abs. 1, 3 Satzung der VG Wort in der Fassung vom 20.5.2010, abrufbar unter: http://www.vgwort.de/publikationen-dokumente/satzung.html (Stand: Juli 2014); *Melichar*, S. 82.

[1066] § 2 Abs. 3 Satzung der VG Wort in der Fassung vom 20.5.2010, abrufbar unter: http://www.vgwort.de/publikationen-dokumente/satzung.html (Stand: Juli 2014); *Melichar*, S. 82.

ii. § 13d UrhWahrnG

§ 13d UrhWahrnG berechtigt Verwertungsgesellschaften, für ihren Tätigkeitsbereich das Recht der Vervielfältigung und der öffentlichen Zugänglichmachung Dritten auch an Werken derjenigen Rechtsinhaber einzuräumen, die die Verwertungsgesellschaft nicht mit der Wahrnehmung ihrer Rechte beauftragt haben. Die Gesetzesbegründung führt dazu aus, dass die Verwertungsgesellschaften sich bereits von ihren Mitgliedern vertraglich die Rechte an vergriffenen Werken haben einräumen lassen.[1067] Die Regelung des § 13d UrhWahrnG dient dazu, eine umfassende Nutzung für diejenigen Werke zu eröffnen, deren Rechtsinhaber keine Verwertungsgesellschaft mit der Wahrnehmung ihrer Rechte beauftragt haben.[1068] Betroffen sind damit alle sogenannten Außenseiter der betreffenden Werkkategorie.[1069] Die Werkkategorie schränkt das Gesetz ebenfalls ein. Aus § 13d Abs. 1 Nr. 1 UrhWahrnG folgt, dass es sich um Printwerke handeln muss. Damit kommen als erfasste Verwertungsgesellschaften nur die VG Wort und die VG Bild-Kunst in Betracht.[1070] Ihr Wahrnehmungsbereich erstreckt sich auf Printwerke.[1071] Betroffen sind damit neben Urhebern auch Lichtbildner, Verfasser wissenschaftlicher Ausgaben und Presseverleger.

c. Räumlicher Anwendungsbereich

i. Änderung des Wahrnehmungsvertrags VG Wort

Der räumliche Anwendungsbereich der Änderungsklausel entspricht dem Wahrnehmungsbereich des VG Wort, also dem Bundesgebiet. Ihr Tätigkeitsbereich ergibt sich im Übrigen aus dem Erlaubnisbescheid nach § 1 und § 2 WV VG Wort.[1072] Die VG Wort nimmt aufgrund des Territorialitätsprinzips nur Urheberrechte wahr, die in Deutschland gewährt werden. Für Ausländer von außerhalb der EU und dem EWR ohne Wohnsitz in Deutschland besteht gem. § 6 UrhWahrnG kein Wahrnehmungszwang.

[1067] BT-Drs. 17/13423, S. 18.

[1068] BT-Drs. 17/13423, S. 18.

[1069] BT-Drs. 17/13423, S. 18; *Spindler*, ZUM 2013, 349, 356; *Staats*, ZUM 2013, 446, 451; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 891.

[1070] § 1, 2 WV VG Wort, § 1, 2 Wahrnehmungsvertrag VG Bild-Kunst für die Berufsgruppen I und II, abrufbar unter: http://www.bildkunst.de/uploads/media/neu_Muster_Wahrnehmungs vertrag_BG_I-II.pdf (Stand: Juli 2014).

[1071] § 1 h) GEMA-Berechtigungsvertrag vom 25./26. Juni 2013 sieht ausdrücklich vor, dass das Recht am Notenbild und Textbild eines Werks der Tonkunst nicht erfasst ist, abrufbar unter: https://www.gema.de/fileadmin/user_upload/Presse/Publikationen/Jahrbuch/Jahrbuch_ aktuell/Berechtigungsvertrag.pdf (Stand: Juli 2014).

[1072] Schricker/Loewenheim/*Reinbothe*, § 6 UrhWahrnG, Rn 2.

ii. § 13d UrhWahrnG

Der räumliche Anwendungsbereich des § 13d UrhWahrnG ergibt sich aus dem Anwendungsbereich des Wahrnehmungsgesetzes selbst. Es regelt die Wahrnehmung von Rechten auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland durch Verwertungsgesellschaften. Dies folgt bereits aus § 1 UrhWahrnG.[1073] Die Wahrnehmungsvermutung kann sich aufgrund des Territorialitätsprinzips nur auf in Deutschland gewährte Urheberrechte beziehen.

d. Sachlicher Anwendungsbereich

i. Änderung des Wahrnehmungsvertrags VG Wort

Die Änderungsklausel des Wahrnehmungsvertrags ist nicht auf bestimmte Werkarten zugeschnitten. Ihr sachlicher Anwendungsbereich ergibt sich vielmehr aus der Satzung der VG Wort. Nach § 2 Abs. 1 Satzung VG Wort können nur Urheber und Rechtsinhaber von Sprach-werken und Darstellungen wissenschaftlicher und technischer Art einschließlich entsprechender Lichtbildwerke (§ 2 Abs. 1 Ziff. 5 UrhG) und Lichtbilder (§ 72 UrhG), die vom Verfasser des Sprachwerkes für dieses geschaffen sind, Wahrnehmungsberechtigte werden.[1074]

ii. § 13d UrhWahrnG

Der Anwendungsbereich von § 13d Abs. 1 Nr. 1 UrhWahrnG beschränkt expressis verbis auf vergriffene Werke, die vor dem 1. Januar 1966 in Büchern, Fachzeitschriften, Zeitungen, Zeitschriften oder in anderen Schriften veröffentlicht wurden. Der Anwendungsbereich ist damit auf Printwerke eingeschränkt, denn nur solche können in den vom Gesetz genannten Medien veröffentlicht worden sein. Printwerke umfassen dabei nicht nur Sprachwerke, sondern ferner Werke wie Lichtbilder, Lichtbildwerke oder Zeichnungen.

2. Nutzungsrechte

a. Änderung des Wahrnehmungsvertrags VG Wort

Die Änderung im Wahrnehmungsvertrag der VG Wort betrifft vormals unbekannte Nutzungsarten. Der zu ändernde Katalog aus § 1 WV VG Wort enthält dagegen Nutzungsrechte und Nutzungsarten. Seine Änderung erfordert gem. § 6 c) Satzung der VG Wort zunächst durch einen Beschluss der Mitgliederversammlung. Die Beschlussfassung richtet sich nach Vereinsrecht, da die VG Wort als

[1073] Schricker/Loewenheim/*Reinbothe*, § 1 UrhWahrnG, Rn 3.

[1074] § 2 Abs. 1 Satzung der VG Wort in der Fassung vom 20.5.2010, abrufbar unter: http://www.vgwort.de/publikationen-dokumente/satzung.html (Stand: Juli 2014).

rechtsfähiger Verein kraft Verleihung organisiert ist.[1075] Daneben enthält der Wahrnehmungsvertrag selbst eine sogenannte Einbeziehungsklausel in seinem § 5.[1076] Ziel dieser Einbeziehungsklausel ist, dass die Änderungen des Wahrnehmungsvertrags, vor allem solche, die unbekannte Nutzungsarten im Sinne von § 31 Abs. 4 UrhG a.F. betreffen, auch für Altverträge gelten.[1077] Die Einbeziehungsklausel war bereits Gegenstand diverser gerichtlicher Auseinandersetzungen und stets umstritten, weil § 31 Abs. 4 UrhG a.F. die Einräumung von Rechten an unbekannten Nutzungsarten nicht zuließ.[1078] Die Frage, ob die Regelung auch auf Wahrnehmungsverträge Anwendung finden müsse, so die h.M.[1079] und der BGH[1080], hat sich mit der Streichung von § 31 Abs. 4 UrhG a.F. und der Einführung des § 31a UrhG erledigt.[1081] Letzterer erlaubt nun die Einräumung unbekannter Nutzungsarten bei Wahrung der Schriftform, was ohnehin der Praxis der Verwertungsgesellschaften entspricht.[1082]

i. Erfasste Änderungen

Der Wahrnehmungsvertrag der VG Wort enthält in § 5 Abs. 2 S. 1 die folgende Regelung:

> *Beschließt die Mitgliederversammlung in Zukunft Änderungen oder Ergänzungen des Wahrnehmungsvertrags oder des Inkassoauftrags für das Ausland, so gelten diese als Bestandteil dieses Vertrags; dies gilt insbesondere auch für zur Zeit des Vertragsabschlusses noch nicht bekannte Nutzungsarten.*

§ 5 bindet somit unbeschränkt jegliche zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbekannte Nutzungsarten in den Wahrnehmungsvertrag ein. Im Kontext vergriffener Werke ist dies, wie bereits von der Gesetzesbegründung zu § 13d UrhWahrnG angeführt, geschehen. Erforderlich war dafür ein Beschluss der Mitgliederversammlung. Die Mitgliederversammlung der VG Wort beschloss am 29.5.2009 die Einführung eines neuen § 1 Nr. 25 WV VG Wort, wonach die Verwertungsgesellschaft das Recht erhält, vergriffene Werke in digitaler Form zu vervielfältigen und öffentlich zugänglich zu machen.

[1075] § 1 Abs. 1 Satzung VG Wort vom 22.10.2011, abrufbar unter: http://www.vgwort.de/fileadmin/satzung/Satzung_11-10-10_gedruckt.pdf (Stand: Juli 2014).

[1076] Vgl. Anhang C.

[1077] *Siebert*, S. 31; Loewenheim/*Melichar*, § 47 UrhG, Rn 19.

[1078] BGH, GRUR 1986, 62/65 – *GEMA Vermutung I*; BGH, GRUR 1988, 296/298 – *GEMA Vermutung II*; BGH, GRUR 1991, 135 – *Videozweitauswertung I*; Loewenheim/*Melichar*, § 47 UrhG, Rn 19.

[1079] Schricker/Loewenheim/*Reinbothe*, § 6 UrhWahrnG, Rn 5; *Schack*, Rn 1206; *Vogel*, GRUR 1993, 513, 525; *Siebert*, S. 25 f.

[1080] BGH, ZUM 1986, 48, 52 – *GEMA Vermutung I.*

[1081] Loewenheim/*Melichar*, § 47 UrhG, Rn 19.

[1082] Loewenheim/*Melichar*, § 47 UrhG, Rn 19.

Ferner erfordert § 5 WV VG Wort, dass die Änderung oder Ergänzung durch den Beschluss der Mitgliederversammlung den Berechtigten mitgeteilt wird. Die VG Wort informiert über die Beschlüsse der Mitgliederversammlung durch den sogenannten Wortreport. Es handelt sich um ein Informationsschreiben der VG Wort für die Mitglieder und Wahrnehmungsberechtigten. Die Änderung für vergriffene Werke wurde mit der Wortreportausgabe August 2009 bekannt gemacht.[1083]

ii. Nutzungsberechtigte

Von der primären Änderung des Wahrnehmungsvertrags ist zunächst nur die Verwertungsgesellschaft begünstigt. Sie erhält die Rechte zur treuhänderischen Wahrnehmung. § 11 UrhWahrnG schreibt den Verwaltungsgesellschaften einen Abschlusszwang vor. Danach müssen sie jedem Interessenten zu angemessenen Bedingungen Nutzungsrechte einräumen. Begünstigt von der Regelung ist damit nicht nur die VG Wort, die ihr Portfolio erweitert, sondern auch jeder, der ein Interesse an einer Nutzungsrechtseinräumung durch die VG Wort vor allem in Hinblick auf vormals unbekannte Nutzungsarten hat.

b. § 13d UrhWahrnG

Zielsetzung des § 13d UrhWahrnG ist es, die Außenseiterproblematik zu lösen. Der Gesetzgeber führt dazu in § 13d UrhWahrnG eine als Wahrnehmungsvermutung bezeichnete Regelung ein. Der Grund für die Beschränkung der Vermutungswirkung auf Außenseiter und nicht auf alle Rechtsinhaber vergriffener Werker liegt in der Erkenntnis des Gesetzgebers, dass die Verwertungsgesellschaften bereits über die Änderung des Wahrnehmungsvertrags die Rechte für vergriffene Werke ihrer Wahrnehmungsberechtigten wahrnehmen.[1084]

i. Vergriffenheit, § 13d Abs. 1 Nr. 1 UrhWahrnG

Erforderlich ist, dass diese Werke vergriffen sind. Eine Definition, was ein vergriffenes Werk ist bzw. Vergriffenheit bedeutet, enthält das Gesetz nicht. Dies ist von der Literatur bereits in allen Stellungnahmen kritisiert worden.[1085] Lösungsvorschläge sind dagegen spärlich. Die Gesetzesbegründung geht wie selbstverständlich davon aus, dass vergriffene Werke solche sind, die nicht mehr lieferbar

---

[1083] *VG Wort*, Wortreport August 2009, S. 1, abrufbar unter: http://www.vgwort.de/publikationen-dokumente/wortreport.html (Stand: Juli 2014).

[1084] BT-Drs. 17/13423, S. 18.

[1085] *Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Stellungnahme zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 20.2.2013 (15. März 2013), S. 24, Rn 65, abrufbar unter: https://www.ip.mpg.de/files/pdf2/Stellungnahme-BMJ-UrhG_2013-3-15-def1.pdf (Stand: Juli 2014); *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2013, 480, 481; *de la Durantaye*, Protokoll der 138. Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags, S. 6; *Spindler*, ZUM 2013, 349, 357; *de la Durantaye*, ZUM 2013, 437, 443 f.; *Staats*, ZUM 2013, 446, 452; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 892.

sind.[1086] Die Literatur hat sich dem weitgehend angeschlossen und kann auf die Übereinstimmung mit der im MoU getroffenen Definition verweisen.[1087] Aufgrund der Übereinstimmung mit dem MoU, an dem die wichtigsten Betroffenen beteiligt waren, ist diese Definition als herrschend zu bezeichnen.

Der Begriff ist sehr weit gefasst und kann aufgrund seiner Reichweite zu Problemen führen. Die Literatur hat deshalb darauf hingewiesen, dass gerade dann, wenn ein Fall bloß temporärer Vergriffenheit vorliegt, Rechtsunsicherheiten bestehen.[1088] Beispielsweise kann ein Werk vergriffen sein, wenn der Verlag zwischenzeitlich an einer Neuauflage arbeitet. Als Lösungsvorschlag wird mindestens die Verpflichtung der Verwertungsgesellschaft gesehen, im Verzeichnis lieferbarer Bücher zu recherchieren.[1089] Auch wird eine Karenzzeit vorgeschlagen, während der das Werk vergriffen sein muss. Der vorgeschlagene Zeitraum ist dabei ganz unterschiedlich und reicht von 10 bis zu 50 Jahren.[1090] Das Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht schlug vor, die französische Regelung zum Vorbild zu nehmen, wonach das Werk innerhalb von 3 Monaten erfolglos beim Verleger bestellt worden sein muss, um als vergriffenes Werk zu gelten.[1091] *Berger* hingegen verweist darauf, dass der Begriff bereits im Gesetz, nämlich in § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 b) UrhG enthalten sei und dementsprechend überhaupt keine weitere Definition nötig sei.[1092] Dies ist nicht zutreffend, denn die Norm enthält nicht die Definition „nicht mehr lieferbar“ sondern spricht ihrerseits nur von „vergriffenes Werk“. Jedoch ist nach h.M. für diese Norm ein Werk vergriffen, wenn es nicht mehr geliefert werden kann, d.h. dem Verleger zum Absatz bestimmte Werke nicht mehr zur Verfügung stehen.[1093] Dies stimmt mit der von

---

[1086] BT-Drs. 17/13423, S. 18.

[1087] *de la Durantaye*, ZUM 2013, 437, 443; *Staats*, ZUM 2013, 446, 452; *European Commission* – Memorandum of Understanding „Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works“ vom 20.9.2011, S. 2: „[A] work is out of commerce when the whole work, in all its versions and manifestations is no longer commercially available in customary channels of commerce, regardless of the existence of tangible copies of the work in libraries and among the public (including through second hand bookshops or antiquarian bookshops).”

[1088] *de la Durantaye*, ZUM 2013, 437, 442.

[1089] *Spindler*, ZUM 2013, 349, 357; *Staats*, ZUM 2013, 446, 452.

[1090] *de la Durantaye*, ZUM 2013, 437 447, mit Verweis auf den Vorschlag der Bundestagsfraktion DIE LINKE, den sie allerdings für zu lang hält; *Staats*, ZUM 2013, 446, 452 (50 Jahre als „moving wall“ für alle Werkarten).

[1091] *Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Stellungnahme zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 20.2.2013 (15. März 2013), S. 24, Rn 65, abrufbar unter: https://www.ip.mpg.de/files/pdf2/Stellungnahme-BMJ-UrhG_2013-3-15-def1.pdf (Stand: Juli 2014); BeckOK UrhG/*Freudenberg*, § 13d UrhWahrnG, Rn 6 (10 Jahre).

[1092] *Berger* im Wortprotokoll der 138. Sitzung des Rechtsauschusses des 17. Deutschen Bundestages, 10.6.2013, S. 44, abrufbar unter: http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/17_wp/UrheberR_verwaiste_Werke_BReg/wortproto2013.pdf?__blob=publicationFile (Stand: Juli 2014).

[1093] Schricker/Loewenheim/*Loewenheim*, § 52 UrhG, Rn 56.

den beteiligten Kreisen in der Gesetzesgenese von § 13d UrhWahrnG allgemein angenommenen Definition überein, sodass man lediglich die Auslegung der h.M. heranziehen dürfte, die sich nicht von dem unterscheidet, was ohnehin Konsens ist. Indes sieht § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 b) UrhG vor, dass für die gestattete Nutzung ein zweijähriges Vergriffensein vorliegen muss. Die Übertragung der Zweijahresgrenze auf § 13d UrhWahrnG ist problematisch, denn dies würde wohl das zulässige Maß der Auslegung überspannen. Zudem stellt sich ganz grundsätzlich die Frage, ob die geforderte Präzisierung überhaupt gewünscht ist.[1094]

Im Zusammenhang mit der Frage der Vergriffenheit ist auch entscheidend, welche Werke in territorialer Hinsicht erfasst sind. Die Veröffentlichung im Sinne von § 13d Abs. 1 Nr. 1 UrhWahrnG gibt dazu keinen Aufschluss. Der Begriff der Veröffentlichung an sich ist hier mit dem aus § 6 UrhG gleichzusetzen, wenngleich sich eine Veröffentlichung vor dem 1.1.1966 noch nach LUG richtete. Die Frage, ob hingegen nur solche Werke erfasst sind, die im Anwendungsbereich des UrhWahrnG, d.h. im Inland veröffentlicht wurden, stellt sich aufgrund von § 13 Abs. 1 Nr. 2 UrhWahrnG nicht. Erfasst sind danach Werke, die sich im Bestand von öffentlichen Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen, Archiven und von im Bereich des Film- und Tonerbes tätigen Einrichtungen befinden. Folglich geht das Gesetz davon aus, dass es nicht auf den Ort der Veröffentlichung ankommt, sondern nur darauf, ob sich eine Werkausgabe in einer der genannten Einrichtungen befindet. Die Veröffentlichung hat im Rahmen von § 13d UrhWahrnG eine zeitliche Komponente sowie eine Beschränkung auf Printwerke durch die aufgezählten Medien, in denen veröffentlicht worden sein muss. Eine territoriale Komponente im Hinblick auf die Veröffentlichung ist nicht enthalten. Eine territoriale Eingrenzung nimmt das Gesetz nicht vor.

Der Anwendungsbereich ist insgesamt unscharf. Klarheit besteht im Hinblick auf die Werkkategorie und die zeitliche Komponente. Im Übrigen lässt die Regelung so viel im Dunklen, dass der Gesetzgeber dies wohl beabsichtigt hat. Denn bereits in der Expertenanhörung und in allen Stellungnahmen zum Gesetzentwurf wurde auf die mangelnde Definition des Begriffes „vergriffene Werke" hingewiesen. Die Konsequenz daraus ist planmäßige Rechtsunsicherheit. Diese ist erklärbar. Jede Konkretisierung des Begriffs würde zu Recherchepflichten führen. Eine zeitliche Komponente für die Vergriffenheit würde die Recherche nach sich ziehen, wann das letzte Werkexemplar veräußert wurde oder wann der Verlag das Werk vom Markt genommen hat. Auch wäre als Vorfrage jeder Recherche zu klären, ob Vergriffenheit nur deutschlandweit, europaweit oder gar weltweit vorliegen muss. Die Gesetzesbegründung stellt die Regelung für vergriffene Werke als Alternative zu der zeitgleich umgesetzten RLOW in den §§ 61 ff. UrhG dar. Die privilegierten Institutionen sollen die Wahlmöglichkeit haben, die betreffenden

[1094] Vgl. dazu unten Abschnitt E.III.1.b.i.

Werke nach Recherche über die §§ 61 ff. UrhG oder über § 13d UrhWahrnG und der einhergehenden Lizenzvereinbarung mit einer Verwertungsgesellschaft zu nutzen. Die Schlussfolgerung liegt nahe, dass der Anwendungsbereich beider Regelungen deckungsgleich ausgestaltet sein muss.[1095] Die RLOW sieht eine Begrenzung des Anwendungsbereichs der Nutzungsmöglichkeit für Werke vor, die erstmals in der Europäischen Union veröffentlicht wurden.[1096] Die Begründung liegt in der Wahrung diplomatischer Gepflogenheiten bzw. letztlich der Wahrung des Territorialitätsprinzips. Ein solcher Gleichlauf mit der Regelung zu vergriffenen Werken hingegen würde die Zielsetzung des Gesetzes unterlaufen. Die Regelungen laufen zwar parallel, dennoch hat die Regelung zu vergriffenen Werken ausweislich der Gesetzesbegründung den Sinn, dass gerade keine Recherche durchgeführt werden muss.[1097] Grenzt man den Anwendungsbereich des § 13d UrhWahrnG nun aber auf europäischer Ebene auf nicht lieferbare Werke ein und stellt auf den Ort der Erstveröffentlichung ab, müsste bereits all dies recherchiert werden. Die Rahmenbedingungen dafür sind ebenso unklar wie der Verpflichtete. Richtigerweise ist daher keine derartige Recherchepflicht zu verlangen.

Eine Regelung, die so unklar ist, verfehlt ihr Regelungsziel. Mit ihr ist nichts gewonnen. Im Kontext der vorangegangen Überlegungen ist die Auslegung entscheidend. Erstens ist die Wahrnehmungsvermutung – wie geregelt – auf alle Bücher in den Einrichtungen zu erstrecken. Zweitens ist das Merkmal des Vergriffenseins darauf zu beschränken, ob das jeweilige Werk in Deutschland noch lieferbar ist. Für eine Beschränkung auf Deutschland spricht, dass das Gesetz keine europäische legislative Grundlage hat. Dies zeigt der Erwägungsgrund der RLOW ausdrücklich. Verlangt man mehr, würde man wieder eine umfassende Recherchepflicht etablieren. Der Vorschlag einer Nachschau im Verzeichnis lieferbarer Bücher, zugleich aber eine Eingrenzung auf auf europäischer Ebene vergriffene Werke zu verlangen, geht hingegen fehl. Das Verzeichnis lieferbarer Bücher ist auf Verlage und Bücher aus Deutschland fokussiert.[1098] Soll das Vergriffensein auf europäischer Ebene geklärt werden, müsste daher in dem Äquivalent zum Verzeichnis lieferbarer Bücher in allen europäischen Ländern recherchiert werden. Eine solch umfassende Recherche ist nicht gewünscht. Entsprechend kann ein Werk nur dann als vergriffen angesehen werden, wenn es im Verzeichnis lieferbarer Bücher entsprechend deklariert ist. Für nicht enthaltene Bücher, dies trifft insbesondere auf ausländische Bücher zu, genügt die Recherche dort nicht. Sollen diese genutzt werden, müsste in den Pendants am Ort der Erstveröffentlichung recherchiert werden.

[1095] Vgl. *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2013, 480, 481; *Spindler*, ZUM 2013, 349, 357.
[1096] Vgl. Abschnitt D.III.c.
[1097] BT-Drs. 17/13423, S. 18.
[1098] Information for international clients, Broschüre des VLB, www.vlb.de (Stand: Juli 2014).

ii. Bestandsakzessorietät, § 13d Abs. 1 Nr. 2 UrhWahrnG

Die Regelung ist auf den Bestand von öffentlich zugänglichen Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen, Archiven und von im Bereich des Film- oder Tonerbes tätigen Einrichtungen beschränkt. Der Anwendungsbereich ist daher eng gefasst und beinhaltet nicht alle vergriffenen Werke. Die Regelung ist vielmehr an Art. 1 Abs. 2 a) RLOW angelehnt. Dies stellt die Gesetzesbegründung ausdrücklich klar.[1099] Im Hinblick auf das Merkmal „öffentlich zugänglich" stellen sich hier dieselben Fragen. Insofern wird auf vorstehenden Abschnitt D.III.1.b.ii verwiesen. Schließlich ist im Hinblick auf die Zielsetzung auch der deutsche Gesetzgeber von der Auffassung überzeugt, dass diese Institutionen Gedächtniseinrichtungen sind, die ihre Aufgaben in digitaler Form erledigen können müssen.[1100]

iii. Nutzungsberechtigte

Die Gesetzesbegründung zeigt die Absicht, mit der Regelung Gedächtnisinstitutionen eine Möglichkeit zu geben, das kulturelle Erbe zu digitalisieren und der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.[1101] Diese Institutionen sollen Lizenzvereinbarungen mit der Verwertungsgesellschaft schließen.[1102] Von anderen Intermediären ist nie die Rede, sondern in diesem Zusammenhang von „der nutzenden Einrichtung", allerdings beinhaltet § 13d Abs. 1 UrhWahrnG die Möglichkeit des Lizenzerwerbs für jeden „Dritten".[1103] Dies ist jeder außer der Verwertungsgesellschaft selbst. Der Begriff ist also weit gefasst.

Die Einschränkung dieses Kreises der Begünstigten erfolgt vielmehr indirekt über das Kriterium der „nicht gewerbliche Zwecke" aus § 13d Abs. 1 Nr. 3 UrhWahrnG. Die Regelung verbietet nicht, dass Lizenzzahlungen fließen, sondern lediglich, dass ein dritter Rechtsinhaber die Werke kommerziell auswertet. Der Unterschied liegt wohl im Gewinnstreben, denn eine Lizenzgebühr kann auch zur Kostendeckung herangezogen werden.[1104] Damit erfüllt die Tatbestandsvoraussetzung den Zweck, dass es nur für gemeinwohlorientierte Institutionen sinnvoll sein soll, die Werke zu verwerten. Ohne diese Regelung würde diese Intention verfehlt. Würde eine vergleichbare Regelung wie die der RLOW, nach der als Nutzerkreis nur gemeinwohlorientierte Institutionen privilegiert sind, auch hier eingeführt, ergäbe sich ein potentieller Konflikt mit dem Abschlusszwang der Verwertungsgesellschaft aus § 11 UrhWahrnG. Insofern schließt das Tatbestandsmerkmal einen Konflikt der Zielsetzung mit dem Abschlusszwang nach § 11 Abs. 1 UrhWahrnG aus.

[1099] BT-Drs. 17/13423, S. 18.
[1100] BT-Drs. 17/13423, S. 18.
[1101] BT-Drs. 17/13423, S. 18.
[1102] BT-Drs. 17/13423, S. 18.
[1103] BT-Drs. 17/13423, S. 18.
[1104] Vgl. *de la Durantaye*, ZUM 2013, 437, 444.

iv. Nutzungsumfang

Der Nutzungsumfang beschränkt sich auf die Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung zu nicht gewerblichen Zwecken. Der Nutzungsumfang ist ebenso eingeschränkt wie der Kreis der Begünstigten. Die meisten der Institutionen werden schon kraft Satzung nicht in der Lage sein, kommerzielle Zwecke zu verfolgen, sodass dem Gesetz an dieser Stelle kaum Gewicht zukommt. Den Urheber oder andere Rechtsinhaber soll die Regelung jedenfalls vor Konkurrenz schützen.[1105] Dennoch ist die Regelung schon als sinnlos eingestuft worden.[1106] Argumentiert wird dabei mit dem bereits dargestellten Ablauf des wirtschaftlichen Zyklus des Werks. Unterstellt wird, dass der Verleger ein Werk stets verwerten wird, wenn es kommerziell Sinn ergibt. Tut er dies nicht, was sich in der Vergriffenheit äußert, dürfte seine Sphäre auch nicht gestört sein. Dies mag generell zutreffen. Zu beachten ist, dass damit den Verlagen unterstellt wird, stets im Blick zu haben, welches Werk im Repertoire noch kommerzialisierbar ist. Gerade bei großen Häusern wird man dies kaum unterstellen können. Beispielsweise die Springer Science+Business Media mit einem Umsatz von 943 Millionen Euro im Jahr 2013, 8400 neuen Buchtiteln im selben Jahr in Deutschland und 2200 englischsprachigen Zeitschriften müsste bei dieser Unterstellung permanent das gesamte Repertoire überprüfen.[1107] Für Werke aus der jüngeren Vergangenheit mag diese Unterstellung noch zutreffen, für Werke vor 1966 wohl kaum. Hinzu kommt, dass gerade kleinere Verlage mit dem Aufbau ihrer digitalen Vertriebsprozesse Zeit benötigen. Daraus zu schließen, dass sie keine Kommerzialisierungsinteressen hegen, ist nicht zutreffend. Insgesamt ist daher die Grundannahme, dass sich das Kommerzialisierungsinteresse an einer Neuauflage zeige, nicht stets zutreffend. Für eine Veröffentlichung in digitaler Form bedarf es keiner Neuauflage, sie bestätigt aber das Kommerzialisierungsinteresse ebenfalls. Richtig hingegen ist, dass sich die Interessen des Urhebers mit diesem Verbot ohnehin nicht wahren lassen, sondern andere Maßnahmen erforderlich sind.[1108] Für den Urheber sind die Interessen nicht bloß im Konkurrenzschutz zu sehen. Die Regelung darf nicht in dem Sinne missverstanden werden, dass die Verwertungsgesellschaft nun keine Lizenz-

---

[1105] *Staats*, ZUM 2013, 446, 452.

[1106] *Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Stellungnahme zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 20.2.2013 (15. März 2013), S. 24, Rn 67, abrufbar unter: https://www.ip.mpg.de/files/pdf2/Stellungnahme-BMJ-UrhG_2013-3-15-def1.pdf (Stand: Juli 2014).

[1107] *Springer-Verlag GmbH*, Zahlen & Fakten, abrufbar unter: http://static.springer.com/sgw/documents/1314137/application/pdf/SSBM_facts_figures_May2014_DE.pdf (Stand: Juli 2014).

[1108] *Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Stellungnahme zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 20.2.2013 (15. März 2013), S. 24, Rn 67, abrufbar unter: https://www.ip.mpg.de/files/pdf2/Stellungnahme-BMJ-UrhG_2013-3-15-def1.pdf (Stand: Juli 2014).

gebühren erheben dürfte, weil dies eine kommerzielle Verwendung darstellt. Vielmehr ist zur Auslegung auf den Lizenznehmer der Verwertungsgesellschaft abzustellen.

v. Registrierung und Register

Der Anwendungsbereich der Wahrnehmungsvermutung setzt weiter nach § 13d Abs. 1 Nr. 4 UrhWahrnG voraus, dass die Verwertungsgesellschaft beim Deutschen Patent- und Markenamt die Eintragung des Werks in ein Register beantragt. Mit dem Register sollen die Rechtsinhaber über die Absicht der Verwertungsgesellschaft informiert werden, die Werke zu nicht gewerblichen Zwecken zu lizenzieren. Die Einzelheiten des Antrags sind in der Verordnung über das Register vergriffener Werke vom 24.4.2014 geregelt. Ihre Grundlage hat sie in der Ermächtigung aus § 13d Abs. 5 UrhWahrnG. Inhaltlich legt die VergWerkeRegV in § 1 Abs. 1 fest, dass der Antrag die Informationen aus § 13e Abs. 1 UrhWahrnG enthalten muss. Dies ist konsistent, denn dieser legt fest, dass das Register Informationen enthält über Titel des Werks, Bezeichnung des Urhebers, Verlag, bei dem das Werk veröffentlicht worden ist, Datum der Veröffentlichung des Werks, Bezeichnung der Verwertungsgesellschaft, die den Antrag gestellt hat sowie die Angabe, dass der Rechtsinhaber der Wahrnehmung durch die Verwertungsgesellschaft widersprochen hat. Das Register über die Werke wird dabei nur im Internet auf der Seite des DPMA geführt, § 13e Abs. 4 UrhWahrnG. Der Antrag kann nur elektronisch eingereicht werden.[1109] Hinsichtlich der Antragskosten ist die Verwertungsgesellschaft zur Zahlung von einem Euro pro Eintragung verpflichtet.[1110] Weitere Modalitäten zur technischen Gestaltung ergeben sich aus § 2 Abs. 2 bis 5 VergWerkeRegV.

Nicht geregelt ist, was geschieht, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Wahrnehmungsvermutung entfallen. Denkbar ist dies beispielsweise, wenn ein Buch in neuer Auflage erscheint.[1111] In diesem Fall sieht weder das Gesetz noch die VergWerkeRegV eine Regelung vor. Das Gesetz würde eine entsprechende Regelung durch die Verordnung ermöglichen. Nach § 13d Abs. 5 Nr. 2 UrhWahrnG umfasst die Ermächtigung auch Bestimmungen über die Führung des Registers. Insofern hat der Gesetzgeber hier eine Klarstellung vermissen lassen. Eine Möglichkeit ist, allein auf den Widerspruch nach § 13d Abs. 2 UrhWahrnG zu vertrauen.[1112] Dann ist nach § 13e Abs. 1 Nr. 6 UrhWahrnG der Widerspruch zu vermerken. Dies führt aber wohl kaum zur gewünschten Richtigkeit des Registers, da nicht alle Rechtsinhaber von diesem Recht Gebrauch machen werden. Eine Überprüfung der Richtigkeit hingegen würde das DPMA über-

[1109] § 1 Abs. 2 VergWerkeRegV.
[1110] § 2 Abs. 1 VergWerkeRegV.
[1111] BeckOK UrhG/*Freudenberg*, § 13e UrhWahrnG, Rn 5.
[1112] BeckOK UrhG/*Freudenberg*, § 13e UrhWahrnG, Rn 5.

fordern und die Kosten unnötig in die Höhe treiben. Eine stetige Überprüfungspflicht durch die Verwaltungsgesellschaft würde das ganze Regelungssystem in Frage stellen, da eine Recherche erfolgen müsste. Diese ist gerade nicht gewollt. Erwägenswert wäre daher, die Nutzer, also die Einrichtungen, zu verpflichten, im Fall des Bekanntwerdens einer Neuauflage oder sonstigen Wegfalls diese Umstände dem DPMA mitzuteilen. Eine solche Pflicht ist im Gesetz nicht angelegt. Eine Pflicht zur Meldung durch die Nutzer zu begründen, erscheint nicht möglich. Der Gesetzgeber hätte eine solche Pflicht sowohl in das Gesetz selbst als auch in die VergWerkeRegV einführen können. In der Konsequenz müssen Rechtsinhaber also selbst tätig werden und das Register regelmäßig überprüfen und von ihrem Widerspruchsrecht nach § 13d Abs. 2 UrhWahrnG Gebrauch machen.

3. Opt-Out-Regelung

a. § 13d UrhWahrnG

i. Kein Widerspruch nach § 13d Abs. 1 Nr. 5 UrhWahrnG

Weitere Voraussetzung für die Wahrnehmungsvermutung ist, dass der Rechtsinhaber nicht innerhalb von sechs Wochen nach Bekanntmachung der Eintragung den Widerspruch gegen die Rechtewahrnehmung erklärt hat. Der Widerspruch ist gegenüber dem Register zu erklären und kann durch jeden Rechtsinhaber ausgeübt werden. Entsprechend durfte die Wahrnehmungsvermutung nicht greifen, bevor das DPMA das Register eingerichtet hatte. Dies ist im Mai 2014 geschehen, das Gesetz aber bereits zum 1.1.2014 in Kraft getreten.[1113] Problematisch für die Rechtsinhaber ist, dass der Fristbeginn an die Bekanntmachung im Register geknüpft ist. Die Bekanntmachung erfolgt nach § 13e UrhWahrnG lediglich auf der Internetseite des DPMA www.dpma.de. Wie sich dies im Einzelnen gestaltet, ist unklar. Jedenfalls ist die schlichte Eintragung in das Verzeichnis nicht ausreichend, sondern ein gesondert Hinweis auf der Internetseite des DPMA erforderlich. Nach § 13e Abs. 4 UrhWahrnG ist die Eintragung bekanntzumachen, sodass diese selbst nicht ausreichen kann. Für die Rechtsinhaber ergibt sich daraus, dass sie über den Fristbeginn nicht individuell informiert werden. Vielmehr müssen sie selbst die Seite des DPMA überwachen. Hat das DPMA die Eintragung bekanntgemacht, greift nach sechs Wochen die Wahrnehmungsvermutung.

ii. Widerspruch nach § 13d Abs. 2 UrhWahrnG

Was sich für Rechtsinhaber hingegen anbietet, um eine solche Überwachung auszuschließen, wäre von dem Widerspruchsrecht nach § 13d Abs. 2 UrhWahrnG

[1113] *Deutsches Patent- und Markenamt*, Newsletter 3/2014, abrufbar unter: http://www.dpma.de/service/e_dienstleistungen/newsletter/2014/nl_03_2014.html (Stand: Juli 2014).

Gebrauch zu machen. Dies ist nach dem Gesetzeswortlaut „jederzeit" möglich. Problematisch ist aber, ob „jederzeit" die Widerspruchsmöglichkeit auch vorauseilend ermöglicht oder erst ab Ablauf der befristeten Widerspruchsmöglichkeit nach § 13d UrhWahrnG. Aus der Formulierung „jederzeit" ergibt sich zunächst keine zeitliche Einschränkung. Gegen diese Auslegung sprechen aber systematische wie praktische Argumente. Systematisch ist anzuführen, dass die Widerspruchsmöglichkeit nach § 13d Abs. 2 UrhWahrnG aufgrund seiner Verortung dem nach § 13d Abs. 1 Nr. 5 UrhWahrnG nachfolgt. Ferner setzt der Widerspruch nach § 13d UrhWahrnG bereits die Wahrnehmung durch die Verwertungsgesellschaft voraus, sodass die Wahrnehmungsvermutung greifen muss, was den Fristablauf nach § 13d Abs. 1 Nr. 5 UrhWahrnG voraussetzt. Würde man einen vorauseilenden Widerspruch zulassen, hätte man zwar rechtsinhaberfreundlich das Problem gelöst, würde aber neue Probleme schaffen, denn das Werk, auf das sich der Widerspruch bezieht, ist bisher nicht zur Nutzung angemeldet bzw. Letztere ist nicht beantragt worden.[1114] Dies kann auch der Rechtsinhaber nicht mit seinem Widerspruch und der Lieferung der Informationen nach § 1 VergWerkeRegV i. V. m. § 13e Nr. 1-4 UrhWahrnG bewirken, sondern nur die Verwertungsgesellschaft nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 UrhWahrnG. Nur diese ist antragsbefugt. Wird nun trotz vorauseilendem Widerspruch für dasselbe Werk ein Antrag gestellt, würde das Werk trotz des Widerspruchs in das Register aufgenommen. Den Antrag prüft das DPMA nach § 13e Nr. 6 UrhWahrnG nicht. Ein vorauseilender Widerspruch ist daher in der gegenwärtigen Gesetzeslage nicht umsetzbar. Die Widerspruchsmöglichkeit ist damit faktisch stark verkürzt und bürdet dem Rechtsinhaber letztlich auf, das Register turnusmäßig zu prüfen. Entsprechend ging bereits die Gesetzesbegründung, bei der die Einführung des Abs. 2 noch nicht feststand, davon aus, dass der Widerspruch auch zu einem späteren Zeitpunkt erklärt werden kann, womit ein Zeitpunkt während der Wahrnehmung durch die Verwertungsgesellschaft, also nach Ablauf der Sechs-Wochen-Frist, gemeint ist.[1115] Teilweise wird in der Literatur das Widerspruchsrecht auch für Verlage und nicht nur für Urheber kritisiert, weil diese sich nicht verpflichten müssen, das Werk auch auszuwerten.[1116]

Einen Adressaten gibt die Regelung nicht an. Hier dürfte aber analog § 13d Abs. 1 Nr. 5 UrhWahrnG das DPMA richtiger Adressat sein.[1117] Die Gesetzesbegründung hingegen nennt sowohl DPMA als auch die Verwertungsgesellschaft,

[1114] Die Bezeichnung als Antrag ist in Anbetracht von § 13e Abs. 2 UrhWahrnG merkwürdig.

[1115] BT-Drs. 17/1324, S. 18; BT-Drs. 17/14194.

[1116] *de la Durantaye*, ZUM 2013, 437, 444; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 892; dieselbe Kritik stellt sich bei § 137l UrhG, vgl. Abschnitt C.VI.3.

[1117] Die Gesetzesbegründung bezeichnet für den Widerspruch pauschal das DPMA und die Verwertungsgesellschaft als Adressat. Dies widerspricht § 13d Abs. 1 Nr. 5 UrhWahrnG, BT-Drs. 17/13423, S. 18.

was merkwürdig erscheint, weil mit einem Widerspruch gegenüber der Verwertungsgesellschaft nicht sichergestellt ist, dass das Register diese Information umsetzt. Der Urheber müsste darauf vertrauen, dass die Verwertungsgesellschaft die Information weiterleitet oder in einem solchen Fall erst gar nicht von der Wahrnehmungsvermutung Gebrauch macht.

iii. Rechtsfolge des Widerspruchs

Die Rechtsfolge des Widerspruchs nach § 13 Abs. 1 Nr. 5 UrhWahrnG ist, dass eine Voraussetzung für die Wahrnehmungsvermutung von vornherein nicht erfüllt ist, sodass Nutzungsrechte für das jeweilige Werk nicht von der Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden können. Ein Widerspruch nach § 13d Abs. 2 UrhWahrnG hingegen hat nach der Gesetzesbegründung die Folge, dass die Berechtigung zur Lizenzierung des Werks durch die Verwertungsgesellschaft entfällt. Zugleich ist dies nach § 13e Abs. 1 Nr. 6 UrhWahrnG in das Register einzutragen. Die Wahrnehmungsbefugnis der Verwertungsgesellschaft entfällt jedenfalls ab dem Widerspruch, d.h. ex nunc.[1118] Das Entfallen der Wahrnehmungsbefugnis ex nunc hat den Vorteil, dass die nutzenden Einrichtungen nicht nachträglich mit Ansprüchen konfrontiert werden.[1119] Etwas anderes muss hingegen gelten, wenn eine andere Voraussetzung vorgelegen hat, z. B. das Werk tatsächlich lieferbar war. Dann lag von vornherein keine Wahrnehmungsberechtigung der Verwertungsgesellschaft vor. Die nutzenden Einrichtungen konnten keine Lizenz erhalten.

b. Änderung des Wahrnehmungsvertrags VG Wort

§ 5 Abs. 2 S. 3 WV VG Wort enthält die Regelung, dass die Zustimmung des Berechtigten zu der Änderung oder Ergänzung des Wahrnehmungsvertrags durch die Mitgliederversammlung als erteilt gilt, „wenn er nicht binnen sechs Wochen seit Absendung ausdrücklich widerspricht; auf diese Rechtsfolge ist er in der Mitteilung hinzuweisen." Die Regelung sieht also vor, dass die Änderung und Ergänzung als Vertragsbestandteil gilt, wenn der Wahrnehmungsberechtigte nicht rechtzeitig widerspricht. Die Widerspruchswirkung ist daher ex tunc. Eine Einschränkung, welchen Inhalts die Änderung sein muss, macht die Regelung nicht. Allerdings kann nach der Satzung der VG Wort durch die Mitgliederversammlung der Wahrnehmungsvertrag lediglich im Hinblick auf den Katalog der Rechte nach § 1 Wahrnehmungsvertrag geändert werden.[1120] Eine genaue Analyse dieses Zustimmungsmechanismus erfolgt unter Abschnitt E.IV.

[1118] BT-Drs. 17/13423, S. 18.
[1119] *Staats*, ZUM 2013, 446, 452.
[1120] §§ 6 Abs. 2 c), 10 Abs. 5 c) WV VG Wort.

4. *Kollektivierung*

a. Einbeziehung in das Portfolio der VG Wort

Die Rechtsfolge liegt in der Änderung des Wahrnehmungsvertrags selbst. Sie ist beschränkt auf eine Änderung des Rechtekatalogs des § 1 WV VG Wort. Für andere Änderungen ist auch die Mitgliederversammlung nicht kompetent, § 6 Abs. 2 c) Satzung VG Wort.[1121] Die VG Wort kann und muss unter den Rahmenbedingungen des UrhWahrnG Lizenzen an Dritte für die jeweilige Nutzungsart erteilen. Die Beteiligung an den Einnahmen erfolgt nach dem Verteilungsplan, § 7 UrhWahrnG.

b. § 13d UrhWahrnG

i. Gemeinsame Rechtewahrnehmung

Liegen die Voraussetzungen des § 13d Abs. 1 UrhWahrnG vor, greift die Wahrnehmungsvermutung. Die Verwertungsgesellschaft nimmt dann die Rechte wahr. Nehmen zwei Verwertungsgesellschaften Rechte aus demselben Bereich wahr, greift § 13d Abs. 3 UrhWahrnG nur, wenn diese Verwertungsgesellschaften die Rechte gemeinsam wahrnehmen. Die Regelung ist § 13c Abs. 2 S. 2 UrhWahrnG nachempfunden.[1122] Sie soll Mehrfachvergütungen und Doppelbelastungen der Inanspruchgenommenen verhindern, wenn sich Verwertungsgesellschaften in ihrem Wahrnehmungsbereich überschneiden.[1123] Für Printwerke besteht eine solche konkurrierende Tätigkeit jedenfalls zwischen den Verwertungsgesellschaften VG Wort und VG Bild-Kunst. Die VG Bild-Kunst nimmt beispielsweise die Reproduktionsrechte für Fotografien oder Zeichnungen nach § 1 Abs. 2 b) WV VG Bild-Kunst wahr.[1124] Diese können in vergriffenen Printwerken enthalten sein, deren Rechte die VG Wort wahrnimmt.

ii. Freistellung

Räumt die Verwertungsgesellschaft die Lizenz einem Dritten ein, kann es dazu kommen, dass dieser Dritte, in der Regel eine der bezeichneten Einrichtungen, vom Rechtsinhaber auf Unterlassung oder Schadensersatz in Anspruch genommen wird. In dieser Konstellation ist die Verwertungsgesellschaft nach § 13d Abs.

[1121] Satzung der VG Wort vom 11.10.2010, abrufbar unter: http://www.vgwort.de/fileadmin/satzung/Satzung_11-10-10_gedruckt.pdf (Stand: Juli 2014).

[1122] BT-Drs. 17/13423, S. 18.

[1123] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 13c UrhWahrnG, Rn 17; Schricker/Loewenheim/*Reinbothe*, § 13c UrhWahrnG, Rn 10.

[1124] Wahrnehmungsvertrag VG Bild-Kunst, abrufbar unter: http://www.bildkunst.de/uploads/media/neu_Muster_Wahrnehmungsvertrag_BG_I-II.pdf (Stand: Juli 2014).

4 S. 1 UrhWahrnG verpflichtet, den Lizenznehmer von Ansprüchen des Außenseiters freizustellen. Dies gilt aber nur dann, wenn die Verwertungsgesellschaft von dem Lizenznehmer tatsächlich auch Zahlungen erhält. Sind diese Zahlungen noch nicht geflossen, ist der Freistellungsanspruch einredebehaftet nach § 320 BGB. Ferner sind Außenseiter aufgrund von § 13d Abs. 4 S. 2 UrhWahrnG im Innenverhältnis zur Verwertungsgesellschaft zu behandeln, als hätten sie einen Wahrnehmungsvertrag geschlossen. Diese Regelung gilt für den Zeitraum der Vermutungswirkung nach § 13c Abs. 1 UrhWahrnG. Die Regelung ist erst kurz vor Ende des Gesetzgebungsprozesses in den Gesetzesentwurf eingeführt worden und geht auf eine Forderung von *Staats* bzw. der VG Wort zurück, der sich der Rechtsausschuss aus Klarstellungsgründen in seiner Beschlussempfehlung angeschlossen hat.[1125] Die ursprüngliche Formulierung von *Staats* wich allerdings etwas ab. Inhaltlich ergeben sich keine Änderungen. Hintergrund der Regelung ist die Erkenntnis der Ex-nunc-Wirkung des Widerspruchs, die durch § 13d Abs. 4 S. 2 UrhWahrnG zusätzlich untermauert wird. Bei der Ex-nunc-Wirkung des Widerspruchs, argumentierte *Staats*, passe die Freistellungsregelung aus § 13 Abs. 4 S. 1 UrhWahrnG nicht. Jetzt stehen beide Regelungen parallel im Gesetz. Es ist daher zu differenzieren: Greift die Wahrnehmungsvermutung aus § 13d Abs. 1 UrhWahrnG, weil alle Voraussetzungen vorliegen, und wird u.U. Widerspruch nach Abs. 2 erklärt, greift dieser ex nunc, sodass für den Zeitraum bis dahin die Regelung § 13d Abs. 4 S. 2 UrhWahrnG gilt. Das heißt, der Urheber hat keine Möglichkeit, Ansprüche gegenüber der Verwertungsgesellschaft oder gegenüber dem Lizenznehmer geltend zu machen, denn er steht in diesem Zeitraum so, als bestünde ein Wahrnehmungsvertrag. Anders liegt der Fall hingegen, wenn die Wahrnehmungsvermutung von vornherein nicht gegriffen hat, weil eine Voraussetzung nicht vorlag. Für die Verwertungsgesellschaft bestand also keine Wahrnehmungsberechtigung. Die Situation ist mit der Widerspruchswirkung ex tunc vergleichbar. Es greift dann § 13d Abs. 4 S. 1 UrhWahrnG, sodass die Verwertungsgesellschaft den Nutzer der nicht rechtmäßigen Lizenz freistellen muss. Ob dies auch gilt, wenn dieser im Hinblick auf das Vorliegen der Wahrnehmungsvermutung bösgläubig war, darf bezweifelt werden. Bemerkenswert ist, dass die VG Wort eine Anpassung forderte.[1126] Erfolgt ist dagegen eine Ergänzung. Dass § 13d Abs. 4 S. 1 UrhWahrnG tatsächlich noch Eingang im Gesetz gefunden hat, ist daher wohl kaum planvoll geschehen. Für die Verwertungsgesellschaft hat die

[1125] BT-Drs. 17/3991, S. 4; *VG Wort*, Stellungnahme zu den Regelungsvorschlägen für die Nutzung von verwaisten und vergriffenen Werken vom 10.6.2013, abrufbar unter: http://www.vgwort.de/fileadmin/pdf/stellungnahmen/Rechtsausschuss_verwaisteWerke_Staats_100613.pdf (Stand: Juli 2014); *Staats*, ZUM 2013, 446, 453; BT-Drs. 17/14194, S. 6.

[1126] *VG Wort*, Stellungnahme zu den Regelungsvorschlägen für die Nutzung von verwaisten und vergriffenen Werken vom 10.6.2013; abrufbar unter: http://www.vgwort.de/fileadmin/pdf/stellungnahmen/Rechtsausschuss_verwaisteWerke_Staats_100613.pdf (Stand: Juli 2014).

Regelung des § 13d Abs. 4 S. 1 UrhWahrnG jedenfalls den Nachteil, dass sie den Dritten gegenüber sofort zur Freistellung verpflichtet ist, obwohl diese unter Umständen fahrlässig von der Vergriffenheit eines Werks ausgegangen sind.

iii. Ausschüttung

Die Ausschüttung der Einnahmen ist in § 13d Abs. 4 S. 2 UrhWahrnG geregelt. Der Rechtsinhaber steht im Innenverhältnis zur Verwertungsgesellschaft so, als hätte er einen Wahrnehmungsvertrag mit der VG Wort geschlossen. Insoweit ist er entsprechend dem Wahrnehmungsvertrag bzw. Verteilungsplan und der gesetzlichen Regelung des § 7 UrhWahrnG an den Einnahmen beteiligt, ohne Ansprüche gegen den Nutzer geltend machen zu müssen, der seinerseits einen Freistellungsanspruch gegen die Verwertungsgesellschaft hätte. Auch Mitnahmeeffekte zugunsten der Wahrnehmungsberechtigten gegenüber der die Gedächtnisinstitutionen finanzierenden Allgemeinheit werden so beseitigt.[1127] Unklar ist, wie die Verwertungsgesellschaft an Außenseiter ausschütten will, ohne von diesen die nötigen Daten, wie Kontonummer etc., zu haben.[1128] Der aktuelle Verteilungsplan der VG Wort sieht zu vergriffenen Werken im Gegensatz zur Rechtewahrnehmung nach § 137l UrhG keine Regelung vor.[1129]

5. *Überschneidung mit verwaisten Werken*

In der Regel sind verwaiste Printwerke auch vergriffene Werke. In diesem Fall wird sich eine Institution entscheiden können, ob sie von der Schrankenregelung der §§ 61 ff. UrhG Gebrauch macht, oder unmittelbar und ohne eine sorgfältige Suche eine Lizenzabrede mit der betroffenen Verwertungsgesellschaft über die Nutzung des jeweiligen Werkes trifft. Letztlich ist dies eine Kostenfrage, die die Praxis beantworten wird. Bedenklich ist, dass der Regelungsrahmen für vergriffene Werke auf Werke mit Veröffentlichung vor 1.1.1966 beschränkt ist. Eine Wahlmöglichkeit besteht insofern nur für Werke vor dem 1.1.1966. Für später erschienene Werke besteht die Problemlage, dass die §§ 61 ff. UrhG wohl aufgrund von § 137l UrhG regelmäßig leerlaufen werden.[1130] Zugleich sind die Rechtsinhaber bei § 137l UrhG nicht zur Auswertung verpflichtet. Es können mithin neue, nicht nutzbare vergriffene Werke entstehen, für die keine Regelung besteht. Eine einfache Regelung wäre, den § 13d UrhWahrnG auch auf solche

---

[1127] *de la Durantaye*, ZUM 2013, 437, 444; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 892.

[1128] Im Vergleich zu ECL-Systemen müssen die Verwertungsgesellschaften der skandinavischen Länder einen zumutbaren Aufwand betreiben, die Rechtsinhaber zu ermitteln, *Riis/Schovsbo*, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 471, § 4.1 (2010).

[1129] Verteilungsplan der VG Wort nach § 9 der Satzung vom 8.6.2013, abrufbar unter: http://www.vgwort.de/fileadmin/pdf/verteilungsplan/Verteilungsplan_Fassung_8.6.2013.pdf (Stand: Juli 2014).

[1130] Vgl. Abschnitt C.III.2.b; *Spindler*, ZUM 2013, 349, 357.

Werke zu erweitern, die von § 137l UrhG erfasst wurden, aber nicht innerhalb einer gewissen Zeitspanne nach Eingreifen der Übertragungsfiktion verwertet wurden. Dann würde der Allgemeinheit der Zugang zu den Werken ermöglicht, und zugleich stünde der Berechtigte für eine Verteilung der Lizenzzahlungen an die Verwertungsgesellschaft fest. Über diesen Umweg würde man im Grunde eine ECL-Lösung einführen, ohne dabei dem Rechtsinhaber die Chance zu nehmen, ausreichend Überlegungszeit für eine selbstständige Verwertung zu erhalten. Dem Urheber bliebe eine mehrjährige Widerspruchsmöglichkeit.

6. *Ergebnis*

Die Einbeziehungsklausel des WV VG Wort erfasst nur diejenigen Wahrnehmungsberechtigten und Mitglieder der VG Wort, die den Wahrnehmungsvertrag mit ihr geschlossen haben. Sie ermöglicht, dass vormals unbekannte Nutzungsarten auch von Altverträgen erfasst werden, in deren Rechtekatalog sie zunächst nicht Eingang gefunden hatten. Eine Zustimmung des Wahrnehmungsberechtigten zu der Änderung liegt vor, wenn er nicht rechtzeitig innerhalb von sechs Wochen nach der Information über die Änderung widerspricht. Eine zeitliche Einschränkung gibt es für die Einbeziehungsklausel nicht, ihre Anwendung ist an den Wahrnehmungsvertrag gekoppelt, der kündbar ist und auf Rechtsnachfolger übergeht. Die Rechtsfolge liegt in der Änderung des Rechtekatalogs des Wahrnehmungsvertrags und der sich daraus ergebenden Wahrnehmungsbefugnis der Verwertungsgesellschaft.

§ 13d UrhWahrnG erfasst nur Rechtsinhaber, die keinen Wahrnehmungsvertrag mit einer Verwertungsgesellschaft geschlossen haben. Die Regelung erstreckt sich auf alle Printwerke, die vor dem 1.1.1966 veröffentlicht wurden. Der Begriff des vergriffenen Werks bedeutet, dass das Werk nicht mehr im Handel lieferbar ist. Weitere Details bestehen nicht. Der Begriff ist bewusst unscharf gehalten, um größere Recherchepflichten zu vermeiden. Im Konkurrenzverhältnis zur RLOW und deren Umsetzung soll die Regelung möglichst keine Recherchepflichten statuieren. Ohne Recherche ist ihr Anwendungsbereich „vergriffene Werke" nicht genau bestimmbar. Die Verwertungsgesellschaften sollten zumindest im Verzeichnis lieferbarer Bücher recherchieren, ob das Buch lieferbar ist. Für ausländische Werke gilt dies analog für die entsprechenden Verzeichnisse im Land der Erstveröffentlichung, soweit sie in den privilegierten Einrichtungen enthalten sind. Nutzungsrechte von der Verwertungsgesellschaft kann auch aufgrund des Abschlusszwangs jeder erhalten. Er darf die Rechte aber nur für nicht-gewerbliche Zwecke nutzen, was eine Kommerzialisierung, aber nicht eine Lizenzzahlung an die Verwertungsgesellschaft ausschließt. Der Nutzungsumfang beschränkt sich auf das Recht der Vervielfältigung und öffentlichen Zugänglichmachung zu nicht-gewerblichen Zwecken. Die Nutzung setzt einen Antrag der Verwertungsgesellschaft und Bekanntmachung der Eintragung in ein Register voraus, das beim DPMA geführt wird. Nach Eintragung müssen bis zur Nutzung sechs Wochen

vergehen, ohne dass ein Widerspruch beim DPMA durch die Rechtsinhaber erfolgt. Ein vorauseilender Widerspruch ist nicht möglich, sodass Urheber vergriffener Werke das Register prüfen müssen. Der Widerspruch der Rechtsinhaber während oder nach der Sechs-Wochen-Frist beendet die Wahrnehmungsvermutung ex nunc. Der zeitliche Anwendungsbereich der Regelung ist stark eingegrenzt und betrifft einen so weit zurückliegenden Zeitraum, dass der Verwertungszyklus des Werks regelmäßig abgeschlossen ist. Damit erübrigen sich zugleich größere Recherchepflichten und die Klärung der Frage, wie lange einzelne Werkkategorien nicht mehr lieferbar sein müssen, um als vergriffen zu gelten. Für den Zeitraum der Geltung der Wahrnehmungsvermutung ist der Lizenznehmer der Verwertungsgesellschaft von Ansprüchen des Rechtsinhabers freizustellen, soweit die Lizenzgebühr gezahlt worden ist. Außenseiter werden wie Wahrnehmungsberechtigte behandelt. Die Wahrnehmungsvermutung der Verwertungsgesellschaft entfällt im Falle des Widerspruchs ex nunc. Lagen die Voraussetzungen der Wahrnehmungsvermutung nie vor und ging die Verwertungsgesellschaft zu Unrecht davon aus, muss sie Lizenznehmer von Ansprüchen der Rechtsinhaber freistellen, wenn diese nicht bösgläubig waren. Die Verteilung der Einnahmen der Verwertungsgesellschaft für vergriffene Werke ist unklar. Im Hinblick auf die Regelung des § 137l UrhG und die §§ 61 ff. UrhG ist erwägenswert, den Anwendungsbereich des § 13d UrhWahrnG auf solche Werke zu erweitern, die nach gewisser Zeit nicht verwertet werden.

IV. Dogmatische Einordnung

1. *Änderung des Wahrnehmungsvertrags VG Wort*

Die Rechtsnatur des Wahrnehmungsvertrags als Nutzungsvertrag eigener Art ist allgemein anerkannt.[1131] Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf die hier zentrale Frage der Änderungs- bzw. Einbeziehungsklausel.

a. Zustimmungsfiktion

Die Änderungsklausel des Wahrnehmungsvertrags erfolgt nach der bereits aufgeführten Rechtsprechung über die Konstruktion, dass die Zustimmung als erteilt gilt, wenn der Rechtsinhaber nicht innerhalb von sechs Wochen widerspricht. Konzeptionell handelt es sich bei der Klausel um eine Fiktion, denn nach dem Wortlaut „gilt" die Zustimmung als erteilt. Entsprechend ist Anknüpfungspunkt für die Erteilung der Fristablauf. Der Vertrag unterstellt dem Rechtsinhaber, zuge-

[1131] BGH, GRUR 1966, 567, 569 – *GELU*; BGH, GRUR 1968, 321, 327 – *Haselnuß;* BGH, GRUR 1982, 308, 309 – *Kunsthändler;* Dreier/Schulze/*Schulze*, Vor § 31 UrhG, Rn 125; Schricker/Loewenheim/*Schricker/Loewenheim,* Vor § 28 UrhG, Rn 70; *Riesenhuber*, GRUR 2005, 712, 715.

stimmt zu haben. Dies lässt den Schluss zu, dass die Verfügung über die Nutzungsrechte im Schweigen des Rechtsinhabers zu sehen ist.[1132] Im Kern bedeutet dies, dass aus dem erfolglosen Fristablauf die Abgabe einer Willenserklärung gemacht wird. Diese Konzeption ist dem BGB fremd und es wird sogar explizit ausgeschlossen, dass der Rechtsinhaber durch die Setzung einer Frist eine Genehmigung herbeiführen kann.[1133] Dies zeigt sich beispielsweise an § 108 Abs. 2 S. 2 BGB und § 177 Abs. 2 S. 2 BGB. Um Schweigen Erklärungswert beizumessen, muss vielmehr eine einzelvertragliche Regelung bestehen, die dies zulässt. Eine vertragliche Regelung, durch die Schweigen Erklärungswert zukommt, ist nach Rechtsprechung und Literatur zulässig.[1134] Der BGH führt aus:

> *Gewiss ist in aller Regel Stillschweigen auf ein Vertragsangebot im Handelsverkehr nicht als Zustimmung zu werten. Es muss aber dann als Zustimmung angesehen werden, wenn nach Treu und Glauben ein Widerspruch des Angebotsempfängers erforderlich gewesen wäre. Widerspruch ist insbesondere dann zu verlangen, wenn die Parteien schon vorher in Geschäftsverbindung standen, wenn zwischen ihnen ein bis dahin noch nicht aufgelöster Vertrag vorlag, und erst recht dann, wenn der Briefschreiber, wie dies hier der Fall ist, für den Gegner erkennbar ein Interesse an einer baldigen Antwort hatte.*

Die Aussage des BGH bezieht sich auf den Handelsverkehr. Entscheidend an der Aussage des BGH ist dies aber nicht, denn die Aussage lässt sich verallgemeinern. Denn ganz gleich, ob Handelsverkehr oder nicht, es kommt darauf an, dass nach Treu und Glauben ein Widerspruch des Angebotsempfängers erforderlich gewesen wäre.[1135] Dies ist im Falle des Handelsverkehrs aus einer vorherigen Geschäftsverbindung zu schließen und ergibt sich ganz allgemein ohne Bezug zum Handelsverkehr, wenn eine vertragliche Beziehung zwischen den Parteien vorlag. So verhält es sich hier. Der Wahrnehmungsvertrag stellt eine solche vertragliche Beziehung dar. Insoweit ist die Anforderung des BGH gewahrt. Interessant ist hingegen, dass der BGH formuliert: „muss als Zustimmung angesehen werden". Eine „echte" Zustimmung ist es also nicht. Vielmehr handelt es sich um eine Wertung, die aus den Grundsätzen von Treu und Glauben fällt. Würde man dagegen argumentieren, mangels Erklärung könne keine Willenserklärung im Sinne einer Zustimmung gegeben sein, dann wäre das Verhalten als *venire contra factum proprium* anzusehen. Die Zustimmungserklärung ist also lediglich fingiert. Die Behauptung, die Verfügung über die Nutzungsarten käme durch eine rechtsgeschäftliche Erklä-

[1132] *Siebert*, S. 112.
[1133] MüKo HGB/*Karsten Schmidt*, § 346 HGB, Rn 130.
[1134] BGH, NJW 1951, 711; MüKo HGB/*Karsten Schmidt*, § 346 HGB, Rn 133; häufig verwendet werden derartige Klauseln im Bereich von Preisanpassungsklauseln.
[1135] MüKo BGB/*Busche*, § 133 BGB, Rn 61.

rung, nämlich Schweigen der Wahrnehmungsberechtigten, zustande, ist nicht zutreffend.[1136]

Nichts anderes folgt aus § 308 Nr. 5 BGB. Die Vorschrift sieht Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeiten für Allgemeine Geschäftsbedingungen nach § 305 BGB vor. Ihr Titel „fingierte Erklärungen" gibt das in der Rechtsprechung des BGH enthaltene Ergebnis wieder. Auf die Anforderungen, die § 308 Nr. 5 BGB an den Wahrnehmungsvertrag stellt, wird weiter unten in Abschnitt E.V.1 eingegangen.

b. Rechtsfolgenkonkurrenz, § 5 Abs. 2 S. 1 und 4 WV VG Wort

§ 5 Abs. 2 S. 1 WV VG Wort enthält die Aussage, dass die von der Mitgliederversammlung beschlossenen Änderungen als Bestandteil des Vertrags gelten. § 5 Abs. 2 S. 4 WV VG Wort enthält die Regelung, dass die Änderung oder Ergänzung Vertragsbestandteil wird, wenn der Wahrnehmungsberechtigte nicht rechtzeitig widerspricht. Es fragt sich daher, welche der beiden Regelungen nun tatsächlich zur Änderung des Wahrnehmungsvertrags führt: der Beschluss der Mitgliederversammlung oder der Ablauf der Widerspruchsfrist mit der fingierten Zustimmung. Geht man von der schlichten Chronologie der Änderung in der Praxis aus, die sich in der Gestaltung der Klausel wiederfindet, dann führt der Beschluss der Mitgliederversammlung zur Änderung. Dem Ablauf der Widerspruchsfrist käme dann keine Bedeutung mehr zu. § 5 Abs. 2 S. 4 WV VG Wort hätte dann keinen Gehalt mehr und wäre nur noch deklaratorisch.

Legt man hingegen den Gedanken der *Kipp*'schen Lehre von der Doppelwirkung im Recht, nach der auch nichtige Rechtsgeschäfte anfechtbar sind, zugrunde, ist ein anderes Ergebnis denkbar. Dem Gedanken, „dass ein entstandenes Recht nicht zum zweiten Mal entstehen, so wenig wie ein brennendes Licht angezündet werden kann", liegt nach *Kipp* ein naturwissenschaftliches Verständnis zugrunde, das nicht auf Rechtsnormen übertragbar ist.[1137] Denn Rechtsnormen sind hypothetische Imperative.[1138] Der Grund einer Rechtsfolge liegt in der Erfüllung eines Tatbestands, folglich ist eine Konkurrenz sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenseite möglich.[1139] Legt man diese Wertungsjurisprudenz *Kipps* zugrunde, führen sowohl § 5 Abs. 2 S. 1 als auch S. 4 WV VG Wort zur Rechtsfolge der Ergänzung oder Änderung. Entscheidender Unterschied, und das macht ihre Konkurrenz aus, ist der Zeitpunkt der Änderung. Unter Wertungsgesichtspunkten ist hier der Auslegungsgrundsatz aus § 31 Abs. 5 UrhG zu berücksichtigen, dass das Urheberrecht die Tendenz hat, beim Urheber zu verbleiben: Hat das Urheberrecht die Tendenz beim Urheber zu verbleiben, hat es erst recht die Tendenz, so

[1136] a.A. *Siebert*, S. 112.
[1137] *Würdinger*, JuS 2011, 769, 770.
[1138] *Würdinger*, JuS 2011, 769, 771.
[1139] *Würdinger*, JuS 2011, 769, 771.

lange wie möglich beim Urheber zu verbleiben. Unter der Wertungsjurisprudenz Kipps müsste daher in der Konkurrenzsituation beider Rechtsfolgen die des § 5 Abs. 2 S. 4 WV VG Wort schlagen. Selbst wenn man also, wie das Reichsgericht in seiner oft zitierten Entscheidung *Tonfilm*, davon ausgeht, dass der Beschluss der Mitgliederversammlung eine dingliche Rechtseinräumung zur Folge hat, setzt sich diese in der Konkurrenzsituation mit der Zustimmungsfiktion nicht durch.

i. Auslegung des BGH vor dem Zweiten Korb

Der BGH hingegen führt in seiner Entscheidung GEMA-Vermutung IV aus, dass „ein solcher Beschluss der Mitgliederversammlung nur eine Verpflichtung des Mitglieds begründen kann, die entsprechenden Rechte der Kl. einzuräumen; die Verfügung über das Nutzungsrecht kann auf diese Weise nicht bewirkt werden."[1140] Diese Annahme ist richtig, denn denklogisch ist eine automatische dingliche Rechtsübertragung zumindest für lediglich Wahrnehmungsberechtigte und Mitglieder, die nicht an der Beschlussfassung teilnehmen, nicht konstruierbar.[1141] Die Mitgliederversammlung der VG Wort ist schlicht nicht kompetent, Rechte ihrer Mitglieder zu übertragen.[1142] Lediglich für in der Mitgliederversammlung aktive Mitglieder könnte eine konkludente dingliche Rechtseinräumung mit der Zustimmung zur Änderung konstruiert werden. Für bloße Wahrnehmungsberechtigte bedürfte es einer weiteren, eindeutigen Erklärung.

Das RG dagegen begründete die Annahme eines Automatismus der Rechtseinräumung mit einem Vergleich zur (Voraus-)Abtretung bei Forderungen. Die Verfügung über das Urheberrecht erfolge entsprechend den Voraussetzungen für Forderungen, §§ 398, 413 BGB.[1143] Bei diesen würde nach der Entstehung eine sofortige Übertragung stattfinden.[1144] Dies geht, wie der BGH aus seiner Trennung von Verpflichtung und Verfügung heraus zutreffend unterstreicht, fehl.[1145] Die Rechtseinräumung bedarf einer zusätzlichen eigenen Erklärung. Diese Argumentation des BGH für sich genommen genügt aber noch nicht, um den Ansatz des RG zu entkräften. Denn tatsächlich führt ein Änderungsbeschluss zur Ergänzung des Rechtekatalogs aus § 1 WV VG Wort. Dessen Wortlaut „der Berechtigte überträgt der VG Wort" enthält eine Rechtseinräumung durch den Wahrnehmungsberechtigten. Insofern ist die Annahme, die Abtretung bzw. dingliche

1140 BGH, GRUR 1988, 296, 298 – *GEMA-Vermutung IV*; *Melichar* bezeichnet dies für die Praxis als unbefriedigendes Ergebnis, ohne eine Lösung anzubieten, vgl. Loewenheim/*Melichar*, § 47 UrhG, Rn 20.

1141 Erforderlich für diese Konstruktion wäre ein Annahmeverzicht seitens der VG Wort im Sinne von § 151 BGB oder eine konkludente Annahmeerklärung. Umstände für Letztere bei der Beschlussfassung bei der Mitgliederversammlung der VG Wort zu finden, erscheint zweifelhaft.

1142 Zur schuldrechtlichen Frage sieht sogleich unter Abschnitt E.IV.1.b.i.

1143 *Schack*, Rn 536.

1144 RGZ 140, 231, 244 – *Tonfilm, rezipiert auch bei Loewenheim/Melichar, § 47 UrhG, Rn 20.*

1145 BGH, GRUR 1988, 296, 298 – *GEMA Vermutung IV*.

Rechtseinräumung sei in dem Beschluss der Mitgliederversammlung ebenfalls enthalten, richtig. Die fehlende erneute Erklärung zur dinglichen Rechtsübertragung überwindet das RG mit einer Vorausabtretung. Erforderlich ist aber dann, dass das abzutretende bzw. einzuräumende Recht auch bestimmt oder bestimmbar ist.[1146] Für eine Forderung ist erforderlich, dass Gegenstand und Umfang der Forderung bekannt sind.[1147]

Hier ergibt sich aus heutiger Sicht eine Fehlinterpretation des RG, denn bei einer Vorausabtretung ist das Recht noch nicht zur Entstehung gelangt, aber in seinem zukünftigen Umfang und seiner zukünftigen Gestalt bekannt. Bei einer Forderung ist der Inhalt auch leicht zu umreißen, z. B. das Recht, aus einem Darlehensvertrag eine gewisse Summe zu fordern. Das Urheberrecht ist ein viel komplexeres Recht: Es setzt zwar vollumfänglich mit der Entstehung des Werkes ein, sowie dem Urheber mit der Schöpfung des Werks jegliche Rechte zustehen, das Werk zu nutzen. Das Urheberrecht ist aber in Umfang und Gestalt noch nicht vollständig bekannt, d.h. hinsichtlich einzelner Nutzungsarten nicht bestimmbar, weil das Gesetz bewusst eine genaue Festlegung unterlassen hat.[1148] Welche Rechte Gegenstand einer Rechtseinräumung werden sollen, muss daher im Vertrag genauestens bestimmt werden. Erst durch diese Bestimmung wird der Umfang des Rechts für den Einzelfall deutlich.[1149] In der Praxis werden daher umfangreiche Kataloge verwendet.[1150] Schließlich zeigt das Gesetz selbst mit der Schutznorm des § 31a UrhG a.F., dass der Urheber nicht alle Rechte umreißen und erkennen kann, welche wirtschaftliche Funktion eine Nutzungsart erfüllt. Die Anforderungen an die Bestimmbarkeit sind deshalb im Urheberrecht eher höher als niedriger als im Sachenrecht anzusiedeln, wo es einen Numerus clausus der Rechte gibt.[1151] Anders ist dies hingegen für unbekannte Nutzungsarten. Diese sind kraft Natur der Sache nicht bestimmbar. Ihr Gehalt kann nicht umrissen werden. Zutreffend formulieren *Frey/Rudolph:* „Es ist die besondere Natur der unbekannten Nutzungsarten, dass sie, vermittelt durch die Unbekanntheit, qua definitionem gänzlich unbestimmt sind."[1152] Die Folge ist, dass eine Vorauszession entgegen der Rechtsprechung des RG auch im Hinblick auf noch unbekannte Nutzungsarten durch die Einbeziehungsklausel aus § 5 Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 1 WV VG Wort mangels Bestimmbarkeit des Rechts nicht möglich ist. Dieses Ergebnis stimmt mit allgemeinen sachenrechtlichen Prinzipien und der heutigen Rechtslage im Urheberrecht überein, die von einer gebundenen Rechtsübertragung ausgeht, sodass

[1146] Palandt/*Grüneberg*, § 398 BGB, Rn 14; *Frey/Rudolph*, ZUM 2007, 13, 14.
[1147] *Frey/Rudolph*, ZUM 2007, 13, 14.
[1148] Schricker/Loewenheim/*v. Ungern-Sternberg*, § 15 UrhG, Rn 21 f.
[1149] *Frey/Rudolph*, ZUM 2007, 13, 14.
[1150] Dies ist natürlich auch Folge von § 31 Abs. 5 UrhG und dem daraus folgenden Bedürfnis nach Rechtssicherheit des Nutzers aufgrund seiner Beweislast.
[1151] Vgl. auch *Frey/Rudolph*, ZUM 2007, 13, 15.
[1152] *Frey/Rudolph*, ZUM 2007, 13, 16.

unbekannte Nutzungsarten stets erst beim Urheber anwachsen und keine translative, vollständige Rechtsübertragung möglich ist.[1153] Möglich ist daher mit dem BGH im Ergebnis entsprechend nur eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Rechtseinräumung.

ii. Auslegung nach dem Zweiten Korb

Die bisherige Rechtsprechung des BGH zur Frage der Rechtseinräumung mittels des Wahrnehmungsvertrags geht insgesamt von der Prämisse aus, dass die Regelung des Wahrnehmungsvertrags mit § 31 Abs. 4 a.F., also dem Verbot der Übertragung unbekannter Nutzungsarten, konfligiert.[1154] Für den zeitlichen Anwendungsbereich des § 31 Abs. 4 a.F. UrhG zwischen dem 1.1.1966 und 31.12.2007 trifft diese Wertung auch weiterhin zu. Die Folge ist, dass eine wirksame Rechtseinräumung erst mit § 5 Abs. 2 S. 3 WV VG Wort vonstattengeht, weil zu diesem Zeitpunkt die Nutzungsart als bekannt anzusehen ist.

Unklar ist hingegen, ob mit der Streichung des § 31 Abs. 4 UrhG a.F. nunmehr davon auszugehen ist, dass das Erfordernis der Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit für unbekannte Nutzungsarten keine Berücksichtigung findet. Denn mit der Streichung hat der Gesetzgeber eine Wertungsentscheidung getroffen, dass auch über unbekannte Nutzungsarten verfügt werden kann und lediglich das Schriftformerfordernis aus § 31a UrhG einzuhalten ist.[1155] Auch § 137l UrhG hilft im Verhältnis zu einer Verwertungsgesellschaft nicht weiter, denn die Verwertungsgesellschaft erhält nicht alle wesentlichen Nutzungsrechte.[1156] Aufgrund der Streichung erscheint eine Verdrängung des Bestimmtheitsgebots durch § 31a UrhG als Lex specialis denkbar. Der Schutzzweck ist derselbe, nämlich Übereilungsschutz. Ferner wäre beim Abstellen auf das Erfordernis der Bestimmtheit die Streichung des § 31 Abs. 4 UrhG a.F. und Einführung von § 31a UrhG obsolet,

---

[1153] Die Rechtsprechung des Reichsgerichts im Hinblick auf die Zulässigkeit einer Vorauszession war wohl vor dem Hintergrund, dass zu diesem Zeitpunkt eine translative Übertragung möglich war, folgerichtig. Denn damit entledigt sich der Urheber seines Rechts insgesamt. Heute wachsen neue Nutzungsarten zunächst immer dem Urheber selbst an und müssen gebunden übertragen werden, OLG München, ZUM 2000, 61, 64, 65; vgl. auch *Frey/Rudolph*, ZUM 2007, 13, 16 m. W. N.

[1154] BGH, GRUR 1988, 296, 298 – *GEMA-Vermutung IV*: „Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung der Kl. lässt sich die durch die Anwendung von § 31 Abs. 4 UrhG a.F. entstandene Lücke in der Wahrnehmungsbefugnis der Kl. nicht durch die Bestimmung des Berechtigungsvertrages schließen, nach der eine von der Mitgliederversammlung der Kl. beschlossene Änderung des Berechtigungsvertrages ohne Weiteres als Bestandteil der Altverträge gelten soll (vgl. § 6 lit. a Abs. 2 des Berechtigungsvertrages)."

[1155] Dies entspricht der Rechtslage vor dem UrhG und der Entscheidung des RG mit dem Unterschied, dass in der gegenwärtigen Rechtslage nur eine translative Übertragung möglich ist.

[1156] Zum Problem der Auslegung des Begriffs „wesentliche Nutzungsrechte" vgl. C.III.2.a.

denn die Verfügung über unbekannte Nutzungsarten wäre mangels Bestimmtheit nicht möglich.[1157]

§ 31a UrhG stellt für die Einräumung unbekannter Nutzungsarten, ganz gleich, ob schuldrechtliche Verpflichtung oder dingliche Verfügung, ein Schriftformerfordernis auf. Entsprechend der GEMA-Vermutung-IV-Rechtsprechung des BGH stellt sich die Frage, wie das Schriftformerfordernis mit § 5 WV VG Wort zu vereinbaren ist. Die Verpflichtung zur Übertragung unbekannter Nutzungsarten ergibt sich bereits aus § 5 Abs. 2 S. 1 WV VG Wort. Der Wahrnehmungsberechtigte erklärt schriftlich, dass die Mitgliederversammlung den Wahrnehmungsvertrag ergänzen kann. Dies umfasst damit auch die Einfügung noch unbekannter Nutzungsarten in den Rechtskatalog aus § 1 WV VG Wort. Insoweit ist das Schriftformerfordernis gewahrt. Die dingliche Einigung im Rahmen des § 5 Abs. 2 S. 4 WV VG Wort hingegen erfolgt erst, wenn innerhalb von sechs Wochen nach Absendung der Mitteilung der Änderung nicht widersprochen wird. Dies bedeutet praktisch, dass die Mitgliederversammlung die Ergänzung des Rechtekatalogs um eine neue Nutzungsart beschlossen hat. Diese ist also nicht mehr unbekannt.[1158] Insoweit findet auf diese dingliche Erklärung § 31a Abs. 1 UrhG mit seinem Schriftformerfordernis keine Anwendung.

Insgesamt ist § 5 WV VG Wort mit § 31a UrhG in Einklang zu bringen. Eine interessante Konsequenz ergibt sich dennoch. § 31a Abs. 1 S. 4 UrhG sieht vor, dass der Urheber innerhalb von drei Monaten, nachdem die Mitteilung über die geplante Aufnahme der Nutzung an die zuletzt bekannte Adresse des Urhebers abgesendet wurde, die Rechtseinräumung oder Verpflichtung dazu widerrufen kann. § 5 Abs. 2 S. 4 WV VG Wort sieht vor, dass die Zustimmung des Wahrnehmungsberechtigten als erteilt gilt, wenn er nicht innerhalb von sechs Wochen widerspricht, nachdem die Mitteilung über die Ergänzung oder Änderung abgesendet wurde. Der Urheber hat somit trotz der Zustimmung zur dinglichen Rechtseinräumung noch weitere sechs Wochen, die Verpflichtung zur Rechtseinräumung zu widerrufen. Die Folge ist, dass der Widerruf der Rechtseinräumung den Rechtsgrund nimmt. Der Urheber müsste dann zunächst nach §§ 812 ff. BGB kondizieren. Nachdem es im Urheberrecht kein Abstraktionsprinzip gibt, fällt gleichzeitig das Nutzungsrecht an der Nutzungsart zurück an den Urheber. Dieser Rückfall gilt auch in der Lizenzkette.[1159] Dies bedeutet, dass die Frist in § 5 Abs. 2 S. 4 WV VG Wort gegenüber der längeren Frist aus § 31a UrhG konsequenzenlos bleibt. Problematisch ist allerdings, dass dem Urheber eher die Frist aus seinem

[1157] a.A. *Frey/Rudolph*, ZUM 2007, 13, 16, die in jeder pauschalen Einräumung von unbekannten Nutzungsrechten einen Konflikt sehen.

[1158] Zum Begriff der Unbekanntheit vgl. Schricker/Loewenheim/*Spindler*, § 31a UrhG, Rn 29 f.

[1159] Schricker/Loewenheim/*Spindler*, § 31a UrhG, Rn 55, 81; Dreier/Schulze/*Schulze*, § 31a UrhG, Rn 60, 80, 96.

Wahrnehmungsvertrag bekannt sein wird, sodass dieser von der kürzeren Frist ausgehen wird. Eine Angleichung wäre insoweit ratsam.

c. Beschluss der Mitgliederversammlung

Die Rechtsprechung im BGH-Urteil *GEMA-Vermutung IV* stellt fest, dass die dingliche Rechtseinräumung durch den Beschluss nicht erfolgen kann.[1160] Zugleich führt der BGH aber aus, dass der „Beschluss der Mitgliederversammlung nur eine Verpflichtung des Mitglieds begründen kann, die entsprechenden Rechte der Kl. einzuräumen."[1161] Dies setzt natürlich voraus, dass bereits eine Änderungsklausel wirksam im Vertrag vereinbart worden ist. Fehlt diese, kann nichts anderes gelten als für die dingliche Rechtseinräumung. Auch die Änderung des Wahrnehmungsvertrags selbst bedürfte der Zustimmung des Rechtsinhabers. Entsprechend muss sich die Zustimmungsfiktion auch auf diese Änderung richten, damit sie wirksam wird. Jüngst hat der BGH für die Einführung einer Einbeziehungsklausel an sich in den Berechtigungsvertrag der GEMA festgehalten, dass dieser keine körperschaftliche Bestimmung sei, sondern eine Individualvereinbarung, die nicht das mitgliedschaftliche Verhältnis, sondern die schuldrechtliche Beziehung zwischen der GEMA und den Berechtigten regele. Ein solcher gegenseitiger Vertrag könne nicht einseitig durch Beschluss der Mitgliederversammlung ohne Einverständnis des Berechtigten geändert werden.[1162]

Ob dies hingegen auch in der hier untersuchten Konstellation gilt, in der die Einbeziehungsklausel schon im Wahrnehmungsvertrag enthalten ist, ist keine Frage des Zustimmungserfordernisses, wie im dinglichen Bereich. Vielmehr ist die Frage, ob eine solche schuldrechtliche Vereinbarung wirksam ist. Entsprechend hat der BGH eine AGB-Prüfung der Klausel vorgenommen.[1163] Würde man dies anders sehen, käme man in Konflikt mit den Prinzipien der Privatautonomie.

2. § 13d UrhWahrnG

Bereits die Gesetzesbegründung nennt die Regelung des § 13d UrhWahrnG eine Wahrnehmungsvermutung.[1164] Enthalten ist darin die dogmatische Klassifizierung der Norm. Es handelt sich um eine gesetzliche Vermutung zugunsten der Verwertungsgesellschaft, Rechte von Außenseitern wahrzunehmen, ohne dass ein Wahrnehmungsvertrag vorliegt.

Das Institut der Vermutung ergibt sich grundlegend aus § 292 ZPO. Eine Legaldefinition, was eine Vermutung darstellt, ist dort nicht enthalten. Zu unter-

[1160] BGH, GRUR 1988, 296, 298 – *GEMA-Vermutung IV*.
[1161] BGH, GRUR 1988, 296, 298 – *GEMA-Vermutung IV*.
[1162] BGH, ZUM 2009, 288, 292 – *Klingeltöne für Mobiltelefone*.
[1163] BGH, ZUM 2009, 288, 292 – *Klingeltöne für Mobiltelefone*.
[1164] BT-Drs. 17/13423, S. 18.

scheiden ist die gesetzliche Vermutung von einer tatsächlichen Vermutung, die durch die Typizität des Geschehens und Erfahrungssätze gerechtfertigt wird.[1165] Die gesetzliche Vermutung greift ein, wenn der gesetzliche Tatbestand erfüllt ist.[1166] Die Rechtsfolge der Vermutung ist nämlich die Umkehr der Beweislast, ohne dabei Rechte zu begründen.[1167] Das Gesetz legt in § 292 ZPO fest, dass eine Vermutung grundsätzlich widerlegbar ist.

Die Einstufung als Vermutung ist in der Literatur kritisch beurteilt worden. Die Begründung liegt darin, dass die Regelung des § 13d Abs. 1 UrhWahrnG zwei unterschiedliche Sachverhalte gleich behandelt, nämlich die Wahrnehmungsberechtigung bei Abschluss eines Wahrnehmungsvertrags und Außenseiter.[1168] Normiert werden soll damit keine Vermutung, sondern eine Fiktion. Von einer Vermutung kann nicht gesprochen werden, wenn bereits das Gegenteil dessen feststeht, was vermutet wird.[1169]

Im Grundsatz ist diese Kritik nicht von der Hand zu weisen. Bei einer Fiktion besteht keine mit § 292 ZPO vergleichbare Regelung, die eine Widerlegung vorsieht. Greift die Fiktion, ist diese gerade nicht mehr widerleglich.[1170] Eine Widerlegung ist nicht mehr möglich, sondern es ist nur die gesetzlich vorzusehende Möglichkeit eines Widerspruchs denkbar, um die Fiktionswirkung zu beenden. Deshalb sind Fiktionen mit Tatsachen unwiderlegbar und dem Grunde nach materiell-rechtliche Rechtssätze.[1171] Ihr Ziel ist regelmäßig die stetige Gleichsetzung zweier nicht identischer tatsächlicher Sachverhalte durch den Gesetzgeber.[1172] Ähnlichkeit hat die Fiktion mit der unwiderleglichen Vermutung. Eine unwiderlegliche Vermutung wird verwendet, wenn es die gesetzgeberische Intention ist, dass die Vermutungswirkung auch dann eintritt, wenn die Vermutung nur im Einzelfall nicht dem tatsächlichen Geschehen entspricht.[1173] Bei der Fiktion ist Letzteres hingegen nicht nur ausnahmsweise der Fall. Aufgrund ihrer Unwiderleglichkeit ist auch die unwiderlegliche Vermutung eine materiell-rechtliche Norm.[1174] Die widerlegliche Vermutung hingegen hat lediglich eine Beweislastumkehr zur Folge und ist keine materiell-rechtliche Norm.[1175] Für § 13d UrhWahrnG ist die Annahme einer Fiktion also durchaus erwägenswert, weil § 13d UrhWahrnG im

---

[1165] BGH, GRUR 1980, 819, 820 – *Gesetzliche Vermutung*; BGH, GRUR 1986, 62, 63 – *GEMA-Vermutung I*; Dreier/Schulze/*Schulze*, § 13c UrhWahrnG, Rn 2.
[1166] BGH, GRUR 1980, 819, 820 – *Gesetzliche Vermutung*.
[1167] BGH, GRUR 1980, 819, 820 – *Gesetzliche Vermutung*.
[1168] *de la Durantaye*, ZUM 2013, 437, 444.
[1169] *de la Durantaye*, ZUM 2013, 437, 444.
[1170] Dreier/Schulze/*Schulze*, § 13c UrhWahrnG, Rn 22.
[1171] MüKo ZPO/*Prütting*, § 292 ZPO, Rn 8.
[1172] MüKo ZPO/*Prütting*, § 292 ZPO, Rn 8.
[1173] MüKo ZPO/*Prütting*, § 292 ZPO, Rn 4.
[1174] MüKo ZPO/*Prütting*, § 292 ZPO, Rn 4.
[1175] MüKo ZPO/*Prütting*, § 292 ZPO, Rn 23.

Sinne einer materiell-rechtlichen Norm für alle Außenseiterfälle Anwendung finden soll.

Dies überzeugt aber letztlich nicht. Ausweislich der Gesetzesbegründung und der Konzeption soll die Möglichkeit bestehen, die Rechtswirkung der Vermutung zu durchbrechen. Dies zeigt sich sowohl am Widerspruchsrecht als auch an der Gesetzesbegründung, die die Widerleglichkeit betont.[1176] § 13d UrhWahrnG soll daher gerade keine materiell-rechtliche Wirkung zukommen. Würde lediglich das Widerspruchsrecht bestehen, wäre diese Annahme noch gerechtfertigt, weil dieses keine Widerlegung mittels Beweis, sondern ein Gestaltungsrecht darstellt. Die fingierte Rechtslage kann damit wieder umgestaltet werden. Daran zeigt sich allerdings die vom Gesetzgeber nicht verfolgte Konzeption von Fiktion und Widerspruch. Ein Widerspruch bedarf stets der Erklärung.[1177] Fehlt hingegen der Vermutung der Anknüpfungspunkt der Vermutungsbasis, weil sie mit einem Hauptbeweis widerlegt ist, entfällt sie.[1178] Eine Erklärung ist dazu nicht nötig. Daraus ergibt sich eine Diskrepanz zugunsten desjenigen, zu dessen Lasten Fiktion und Widerspruch gehen. Greift die Fiktion, greift diese endgültig. Greift die Vermutung, greift sie nur, solange ihre Vermutungsbasis besteht, weil sie nicht widerlegt ist. Eine Widerlegung dieser Vermutungsbasis bedarf aber keiner gestalterischen Erklärung; entweder ist die Vermutungsbasis gegeben oder nicht. Dies ist eine Frage der Faktizität, die letztlich im Prozess mit dem Beweisantritt nur noch nachgewiesen wird. Die Umgestaltung der Rechtslage obliegt also nicht wie beim Widerspruch dem Parteiwillen. Daraus folgt, dass mit beiden Instrumenten ganz unterschiedliche Ziele verfolgt werden können. Die Gesetzesbegründung nimmt dies ausdrücklich auf, indem sie die Widerleglichkeit der Vermutungsregelung betont und damit die kontinuierliche Anknüpfung der Vermutung an die Vermutungsbasis fordert.[1179]

Entscheidend ist die daraus folgende Konsequenz: Entfällt der Tatbestand der Vermutung, entfällt die Vermutungswirkung auch, ohne dass es eines Widerspruchs bedürfte. Dann entfällt für die eigentlich wahrnehmungsberechtigte Verwertungsgesellschaft zugleich der Abschlusszwang für interessierte Nutzer. Würde es sich hingegen um eine Fiktion handeln, müsste die Verwertungsgesellschaft aufgrund des Abschlusszwangs aus § 11 UrhWahrnG und mangels Widerspruchs möglicherweise sehenden Auges für nicht mehr vergriffene Werke Lizenzen vergeben, weil zum Beispiel zwischenzeitlich eine Neuauflage des Werks vorgenommen wurde. Bei einer widerleglichen Vermutung hingegen lässt sich argumentieren, dass die Vermutung widerlegt ist und deshalb keine Wahrnehmungsbefugnis mehr für das betreffende Recht besteht. Die Widerleglichkeit einer Vermutung

[1176] BT-Drs. 17/13423, S. 18.
[1177] § 348 BGB.
[1178] MüKo ZPO/*Prütting*, § 292 ZPO, Rn 23.
[1179] BT-Drs. 17/13423, S. 18.

und ihre prozessuale Beweislastumkehr bedeuten ja nicht zugleich, dass die Verwertungsgesellschaft die Vermutung nicht selbst widerlegen kann. Sie ist dazu nur nicht verpflichtet.

Nach alledem ist die Einstufung des § 13d UrhWahrnG als Vermutung oder als Fiktion möglich. Die besseren Argumente sprechen indes für eine Vermutungsregelung. Erstens hat der Gesetzgeber dies explizit so ausgedrückt, und zweitens hat dies für die Praxis der Verwertung sowohl für die Rechtsinhaber als auch für die Verwertungsgesellschaft vorzugswürdige Rechtsfolgen.

3. Ergebnis

Die Regelung des § 5 Abs. 2 WV VG Wort bewirkt die Fiktion der Zustimmung des Wahrnehmungsberechtigten. Seinem Schweigen kommt durch die vertragliche Vereinbarung im Wahrnehmungsvertrag Erklärungswert zu. Im Hinblick auf die Rechtsfolgen ergibt sich zwischen § 5 Abs. 2 S. 1 und S. 4 WV VG Wort eine Konkurrenzsituation im Hinblick auf die Rechtsfolgen, weil aus beiden Sätzen die Änderung des Rechtekatalogs folgt. Nach der *Kipp*'schen Lehre und der Einbeziehung der Zweckübertragungslehre geht § 5 Abs. 2 S. 4 WV VG Wort vor. Nach Ansicht des BGH zur Rechtslage vor dem Zweiten Korb war eine solche Rechtseinräumung durch die Mitgliederversammlung nach § 5 Abs. 2 S. 1 UrhG in Ermangelung einer dinglichen Rechtseinräumung an die Verwertungsgesellschaft nicht möglich, während das Reichsgericht ihr Fehlen mit der Konstruktion einer Vorauszession überwinden wollte. Diese Auslegung scheitert für die Rechtslage vor dem Zweiten Korb bereits am Bestimmheitsgebot und ohnehin an § 31 Abs. 4 UrhG a.F. Mit seiner Streichung und der Einführung von § 31a UrhG für die Übertragung unbekannter Nutzungsarten sind die Konsequenzen aus § 31 Abs. 4 UrhG a.F. und des Bestimmheitsgebots aufgehoben. Dessen Anforderungen hält § 5 Abs. 2 WV VG Wort stand, wobei die dingliche Rechtsübertragung erst nach Ablauf der Sechs-Wochen-Frist erfolgt und nicht bereits mit dem Beschluss der Mitgliederversammlung. Trotzdem ist dann aufgrund von § 31a Abs. 1 S. 4 UrhG noch weitere sechs Wochen ein Widerspruch möglich. Die Einführung einer Einbeziehungsklausel selbst ist nicht durch reinen Beschluss der Mitgliederversammlung möglich.

Der Regelung des § 13d UrhWahrnG stellt eine widerlegliche Vermutung im Sinne von § 292 ZPO und keine Fiktion dar. Sie ist widerleglich und damit von den tatsächlichen Umständen abhängig. Die Verwertungsgesellschaften dürfen keine Rechte mehr vergeben, wenn die Vermutung widerlegt ist, und nicht erst dann, wenn der Rechtsinhaber sein Widerspruchsrecht ausübt.

V. Vereinbarkeit mit AGB-Recht und höherrangigem Recht

1. Wahrnehmungsvertrag VG Wort

a. AGB-Klauselkontrolle

Die Anforderungen, die an den Wahrnehmungsvertrag der VG Wort zu stellen sind, ergeben sich aus seiner Rechtsnatur. Der Wahrnehmungsvertrag ist keine körperschaftliche Vereinbarung mit Regelungen zum mitgliedschaftlichen Verhältnis, sondern regelt die schuldrechtliche treuhänderische Beziehung.[1180] Danach sind die Anforderungen, die an den Wahrnehmungsvertrag zu stellen sind, dem Schuldrecht des BGB zu entnehmen. In Frage kommen die §§ 305 ff. BGB, soweit der Wahrnehmungsvertrag nicht bloß einen schuldrechtlichen Vertrag, sondern darüber hinaus auch Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellt. Dies ist von der Rechtsprechung und Lehre allgemein anerkannt und somit hier keine weitere Erörterung nötig.[1181] Zu beachten ist im Rahmen der AGB-Kontrolle, dass die §§ 305 ff. BGB gem. § 310 Abs. 4 BGB nur eingeschränkt anwendbar sind, weil Urheber regelmäßig als Unternehmer im Sinne von § 14 BGB anzusehen sind. Dies gilt zumindest für freischaffende Urheber.[1182] Die Folge der Unternehmereigenschaft des Urhebers ist gem. § 310 Abs. 1 BGB, dass die Einbeziehungsvorschriften des § 305 Abs. 2 und 3 BGB und die Klauselverbote in §§ 308 und 309 BGB grundsätzlich keine Anwendung finden. Vielmehr ist § 307 Abs. 1 und 2 BGB gem. § 310 Abs. 1 S. 2 BGB anzuwenden. Im Rahmen dieser Prüfung kommt den §§ 308 und 309 BGB gem. § 310 Abs. 1 S. 2 HS. 1 BGB Indizwirkung zu. Es ist eine „Parallelwertung in der Unternehmenssphäre" vorzunehmen.[1183] Im Rahmen der Prüfung ist zudem nach überwiegender Ansicht im Schrifttum die schwächere Stellung des Urhebers zur Verwertungsgesellschaft in der Klauselkontrolle zu berücksichtigen.[1184] Schließlich findet nach der wohl h.M. auch die Be-

---

[1180] BGH, ZUM 2005, 739, 741 – *PRO-Verfahren*; a.A. Loewenheim/*Melichar*, § 49 UrhG, Rn 23, der auf eine h.M. rekurriert, nach der die Ansicht des BGH nicht auch für Mitglieder der Verwertungsgesellschaft gelten könne.

[1181] BGH, ZUM-RD 2013, 176, 178 – *Missbrauch des Verteilungsplans*; BGH, ZUM 2009, 288, 292 – *Klingeltöne für Mobiltelefone*, m. w. N.; BGH, MMR 2006, 305, 306 – *Alpensinfonie*; BGH, ZUM 2005, 739, 741 – *PRO-Verfahren*; BGH, ZUM 2002, 379, 290 – *Klausurerfordernis*; BGH, GRUR 1986, 62, 65 – *GEMA-Vermutung I*; Dreier/Schulze/*Schulze*, Vor § 31 UrhG, Rn 127; Schricker/Loewenheim/*Schricker/Loewenheim*, Vor § 28 UrhG, Rn 33; *Melichar*, S. 64 (zum AGBG und der Besonderheit des § 23 Abs. 2 Nr. 6 AGBG); *Schack*, Rn 1205.

[1182] Schricker/Loewenheim/*Schricker/Loewenheim*, Vor § 28 UrhG, Rn 32 (auch für nebenberufliche Tätigkeiten); Dreier/Schulze/*Schulze*, Vor § 31 UrhG, Rn 14; *Riesenhuber* ZUM 2002, 777, 778.

[1183] MüKo BGB/*Basedow*, § 310 BGB, Rn 7.

[1184] Dreier/Schulze/*Schulze*; Vor § 31 UrhG, Rn 14; Schricker/Loewenheim/*Schicker/Loewenheim*, Vor § 28 UrhG, Rn 33; Fromm/Nordemann/*J. B. Nordemann*, Vor §§ 31 ff. UrhG, Rn 195.

reichsausnahme des § 310 Abs. 4 S. 1 BGB keine Anwendung auf den Wahrnehmungsvertrag.[1185]

b. Inhaltskontrolle

Die Anforderungen, die an die Änderungsklausel zu stellen sind, ergeben sich sonach primär aus § 307 Abs. 1 und 2 BGB. Der BGH hat sich erst im Jahr 2009 zur Einbeziehungsklausel der GEMA geäußert, die nahezu wortlautidentisch mit der der VG Wort ist und wie folgt lautet: „Beschließt die Mitgliederversammlung in Zukunft Abänderungen des Berechtigungsvertrags, so gelten auch diese Abänderungen als Bestandteil des Vertrages."[1186] Der BGH entschied, dass eine solche Klausel nach Treu und Glauben eine unangemessene Benachteiligung darstellt. Er rekurriert im Rahmen dieser Prüfung zunächst auf § 308 Nr. 5 BGB (fingierte Erklärungen).[1187] Dieser sieht vor, dass eine Bestimmung unwirksam ist, wenn eine Erklärung des Vertragspartners des AGB-Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt, es sei denn, dass entweder a) dem Verwender eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt wird, oder b) der Verwender sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen.[1188] Die oben genannte Klausel ist nach Meinung des BGH aufgrund eines Erst-Recht-Schlusses unwirksam. § 308 Nr. 5 BGB sieht vor, dass für die Wirksamkeit von fingierten Erklärungen zusätzliche Voraussetzungen vorliegen müssen, die an das Verhalten des Erklärenden anknüpfen. Bei der in Rede stehenden Klausel hingegen ist jegliches Verhalten der anderen Partei entbehrlich. Es kommt nur auf die Mitgliederversammlung an. Dies ist unangemessen benachteiligend.

Diese Rechtsprechung ist nachvollziehbar. § 308 Nr. 5 BGB findet auf Konstellationen Anwendung, bei denen es um die Änderung von AGB im Rahmen einer laufenden Geschäftsbeziehung geht, und nicht lediglich auf Konstellationen, in denen einem Schweigen als Antwort auf eine Erklärung des Vertragspartners Wirkungen für beispielsweise die Billigung einer einzelnen vertraglichen Leistung zugemessen werden sollen.[1189] Vielmehr hat der Gesetzgeber mit § 308 Nr. 5 BGB zum Ausdruck gebracht, dass für jegliche fingierte Erklärungen erhöhte Anforderungen zum Schutz des vermeintlich Erklärenden gelten müssen. Dies stellt eine Ausnahme vom Grundsatz dar, dass die Parteien selbst vereinbaren können, was als Willenserklärung mit einem festgelegten Inhalt anzusehen ist, sei

[1185] BGH, ZUM-RD 2013, 176, 178 – *Missbrauch des Verteilungsplans*; BGH, ZUM 2009, 288, 293 – *Klingeltöne für Mobiltelefone*; Schricker/Loewenheim/*Schricker/Loewenheim*, Vor § 28 UrhG, Rn 33.

[1186] BGH, ZUM 2009, 288, 293 – *Klingeltöne für Mobiltelefone*.

[1187] BGH, ZUM 2009, 288, 293 – *Klingeltöne für Mobiltelefone*.

[1188] Vgl. § 308 Nr. 5 BGB.

[1189] MüKo BGB/*Wurmnest*, § 308 Nr. 5 BGB, Rn 3.

es Schweigen oder ein bestimmtes Verhalten, denn derartige Regelungen gehören zum dispositiven Recht.[1190] Dieser Rückschluss lässt sich bereits aus § 308 Nr. 5 BGB selbst ziehen. Ferner ist es die Zielsetzung des § 308 Nr. 5 BGB, im Rahmen von AGB einen gerechten Interessenausgleich zu schaffen. Dieser geschieht dadurch, dass dem Kunden die Wirkung seines Verhaltens klar gemacht wird und er zusätzlich die Möglichkeit bekommen muss, den Eintritt der Fiktionswirkung zu unterbinden.[1191] Betrachtet man also die Regelung, dass ein Beschluss der Mitgliederversammlung allein als Bestandteil des Vertrags gilt, ist dies unzulässig.

Nicht unberücksichtigt bleiben darf, dass im Rahmen der Prüfung des § 307 Abs. 1 BGB auch die Interessen des Klauselverwenders zu berücksichtigen sind.[1192] Hier spielt freilich das Interesse der Verwertungsgesellschaft eine Rolle, Änderungen am Wahrnehmungsvertrag auch im Sinne der Mitglieder möglichst effizient in den Wahrnehmungsvertrag einfließen zu lassen. Dem steht zum einen grundsätzlich die Berücksichtigung der strukturell schwächeren Stellung des Urhebers gegenüber. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass der Urheber ein Interesse haben kann, in den Wahrnehmungsvertrag aufgenommene Nutzungshandlungen selbst vorzunehmen. Diese Erkenntnis hat der BGH bereits in seiner Entscheidung *GEMA-Vermutung I* zum Ausdruck gebracht. Zwar nimmt die Verwertungsgesellschaft die Rechte im Interesse des Urhebers wahr, im Einzelfall und gerade im Hinblick auf vormals unbekannte Nutzungsarten kann für gewisse Rechte jedoch durchaus eine individuelle Verwertung Sinn ergeben. Im Beispiel der genannten Rechtsprechung hat der BGH dies für die Zweitauswertung von Filmen auf Videokassetten im Vergleich zu Kinovorführungen entschieden.[1193] Es zeigt sich also, dass der Urheber unter Umständen Interessen verfolgt, denen Rechnung getragen werden muss. Da diese in der Regelung überhaupt keine Berücksichtigung finden, können die Interessen der Verwertungsgesellschaft an der Regelung nicht überwiegen. Die Regelung stellt eine unangemessene Benachteiligung dar. Daraus folgt im Übrigen, dass die Aussage des BGH aus der Rechtsprechung *GEMA-Vermutung IV*[1194], die explizit feststellt, dass die in Rede stehende Regelung eine Verpflichtung für den Wahrnehmungsberechtigten begründen könne, unzutreffend ist. Sie verstößt für sich genommen gegen § 307 Abs. 1 BGB.

§ 5 Abs. 2 WV VG Wort enthält darüber hinaus weitere Regelungen. Nach § 5 Abs. 2 S. 2 WV VG Wort müssen Änderungen und Ergänzungen den Berechtigten schriftlich mitgeteilt werden. Nach S. 3 gilt die Zustimmung des Berechtigten zur Änderung oder Ergänzung als erteilt, wenn nicht binnen sechs Wochen widersprochen wird und der Berechtigte auf diese Rechtsfolge in der Mitteilung hinge-

---

[1190] MüKo BGB/*Wurmnest*, § 308 Nr. 5 BGB, Rn 1.
[1191] MüKo BGB/*Wurmnest*, § 308 Nr. 5 BGB, Rn 1.
[1192] Palandt/*Grüneberg*, § 308 BGB, Rn 31; MüKo BGB/*Wurmnest*, § 308 Nr. 5 BGB, Rn 11.
[1193] BGH, GRUR 1986, 62, 65 f. – *GEMA-Vermutung I*.
[1194] BGH, GRUR 1988, 296, 298 – *GEMA-Vermutung IV*.

wiesen worden ist. Zum AGBG (§ 10 Nr. 5) und einer entsprechenden Klausel im Wahrnehmungsvertrag der VG Bild-Kunst hat das LG Hamburg diese Klausel als insgesamt wirksam erachtet. Die Klausel sehe eine angemessene Frist für eine ausdrückliche Erklärung vor und enthalte zudem eine ausreichende Verpflichtung des Verwenders, den Rechtsinhaber bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen.[1195] Ferner sei der Wahrnehmungsberechtigte in einer Mitteilung über diese Rechtsfolge in Kenntnis zu setzen. Für die Mitteilung bedürfe es keiner weiteren Konkretisierung, sondern es komme darauf an, wie sie tatsächlich erfolgt.[1196] Erforderlich sei, dass die Mitteilung die Kenntnisnahme verbürge.[1197] Im Fall der VG Wort wird man hier auf den Wortreport rekurrieren können, der den Mitgliedern die Ergebnisse der Mitgliederversammlung mitteilt. Eingangs des Wortreports weist die VG Wort ausdrücklich und drucktechnisch hervorgehoben auf die Rechtsfolgen des § 5 Wahrnehmungsvertrag hin.[1198] Insoweit ist die Ansicht des LG Hamburg zutreffend, dass diese Klausel keinen Verstoß gegen § 10 Nr. 5 AGBG bzw. den heutigen § 308 Nr. 5 BGB begründet. Die Anforderungen sind vielmehr eingehalten. Entsprechend ist auch nicht erkenntlich, dass eine unangemessene Benachteiligung aus § 307 Abs. 1 BGB folgt. Die Entscheidung des BGH *Klingeltöne für Mobiltelefone* hat diese Frage nicht beantwortet, denn dort ging es um die Frage, ob die Klausel in Gänze mit der oben als unwirksam erachteten Klausel eingeführt werden könne. Dies ist nicht der Fall, wenn man wie der BGH zutreffend voraussetzt, dass eine Änderung des Wahrnehmungsvertrags einer Zustimmung bedarf. Insofern ist die Kritik von *Melichar*, der BGH hätte in der Entscheidung mit dem Erfordernis der „tatsächlichen Zustimmung“ einen „verschwommenen Begriff“ eingeführt, unzutreffend.[1199] Vielmehr trifft der BGH in der Entscheidung nur die Aussage, dass die Klausel, nach der der Beschluss der Mitgliederversammlung für die Änderung ausreiche, eine unangemessene Benachteiligung sei und eine Erweiterung der Klausel um die geforderten Voraussetzungen entsprechend § 308 Nr. 5 BGB damit nicht eingeführt werden könne. Der BGH entscheidet nicht über die Wirksamkeit der Einführung der Zustimmungsfiktion, sondern lediglich über deren Einführung. Sonach ist unter „tatsächlicher Zustimmung“ im Sinne des BGH eine erklärte oder im Einklang mit § 308 Nr. 5 BGB fingierte Zustimmungserklärung zu sehen. Nur bedarf es jedenfalls eines Zustimmungsakts.

[1195] LG Hamburg, ZUM 2001, 711, 712.
[1196] LG Hamburg, ZUM 2001, 711, 712.
[1197] LG Hamburg, ZUM 2001, 711, 712.
[1198] Vgl. Anhang D.
[1199] Loewenheim/*Melichar*, § 49 UrhG, Rn 25.

c. Transparenzgebot

Ein weiterer Verstoß der Klausel lässt sich aus dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB herleiten.[1200] Es wurde bereits erörtert, dass die Änderung nicht durch den Beschluss der Mitgliederversammlung erfolgen kann. Die Mitgliederversammlung kann nicht einseitig in den Wahrnehmungsvertrag eingreifen. Liest man nun § 5 Abs. 2 S. 3 WV VG Wort gegen, stellt sich die Frage, welcher der beiden Sätze die Änderung des Wahrnehmungsvertrags herbeiführt. Damit einher geht die Frage, ab wann die Änderung greift: nach Ablauf der sechs Wochen oder bereits mit dem Beschluss? Insofern ist die Regelung intransparent in dem Sinne, dass nicht klar wird, wie und wann die Änderung des Wahrnehmungsvertrags nun vonstattengeht, nämlich entweder durch den Beschluss der Mitgliederversammlung oder durch die fingierte Erklärung. Die Regelung ist insoweit nicht mit dem im Transparenzgebot enthaltenen Bestimmtheitsgebot vereinbar.[1201]

d. Blue-Pencil-Test

Nachdem die Klausel des § 5 Abs. 2 WV VG Wort in Ansehung der Rechtsprechung im Hinblick auf S. 1 partiell unzulässig ist, stellt sich die Frage, welche Rechtsfolge dies zeitigt. Zunächst bestimmt § 306 Abs. 1 BGB, dass der Vertrag im Übrigen wirksam bleibt. Ferner greifen nach § 306 Abs. 2 BGB die gesetzlichen Vorschriften. Dies gilt aber nur dann, wenn die unwirksame Klausel eine Lücke hinterlassen hat, die zu schließen ist.[1202] Eine solche Lücke liegt jedoch nur dann vor, wenn es sich um einen gesetzlich geregelten Vertragstyp handelt und die AGB-Klausel Punkte behandelt, die im dispositiven Recht nicht behandelt waren.[1203] Dies ist im Falle des Wahrnehmungsvertrags der Fall, denn es handelt sich um einen urheberrechtlichen Nutzungsvertrag eigener Art, der nicht gesetzlich geregelt ist. Allerdings liegt auch dort keine Lücke vor, wo eine an sich unwirksame Klausel auf einen angemessenen Umfang reduziert werden kann. Für eine solche Auslegung ist aber das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion zu beachten. Dies darf nach Rechtsprechung und Lehre keinesfalls umgangen werden, denn sonst könnten unwirksame Klauseln stets gefahrlos verwendet werden.[1204] Eine Durchbrechung dieses Dogmas lässt die Rechtsprechung hingegen zu, wenn eine Klausel im Rahmen des sogenannten Blue-Pencil-Tests teilbar ist.[1205] Erfor-

[1200] Vgl. dazu BGH, ZUM-RD 2013, 176, 180 – *Missbrauch des Verteilungsplans.*
[1201] BGH, NJW 2004, 1598, 1600; BGH, NJW-RR 2005, 1496, 1498; BGH, NJW 2006, 996, 997 f.; BGH, NJW-RR 2008, 615, 616.
[1202] MüKo BGB/*Basedow*, § 306 BGB, Rn 10.
[1203] MüKo BGB/*Basedow*, § 306 BGB, Rn 10.
[1204] MüKo BGB/*Basedow*, § 306, Rn 13 m. w. N.
[1205] St. Rspr. vgl. BGH, NJW 1989, 3215, 3216; BGH, NJW 1998, 2284, 2285 f.; BGH, NJW 2001, 291, 294; BGH, NJW 2003, 2899, 2900; BGH, NJW 2004, 3183, 3184; BGH, NJW 2007, 674; BGH, NJW 2009, 1486, Rn 19.

derlich dafür ist eine inhaltliche Trennbarkeit der Klausel, dass also der unwirksame Teil gestrichen werden kann, ohne dass der andere Teil seinen Sinn verliert. Die inhaltliche Verwebung der Klauselbestandteile ist unerheblich.

Für die Klausel des Wahrnehmungsvertrags müsste der nach Streichung von S. 1 übrigbleibende Teil selbständig Sinn ergeben. Zu lesen wäre dann § 5 Abs. 2 WV VG Wort in folgender Gestalt:

> *Änderungen oder Ergänzungen sind dem Berechtigten schriftlich mitzuteilen. Die Zustimmung des Berechtigten zur Änderung oder Ergänzung gilt als erteilt, wenn er nicht binnen sechs Wochen seit Absendung ausdrücklich widerspricht; auf diese Rechtsfolge ist er in der Mitteilung hinzuweisen.*

Dies ist problematisch, denn S. 2 fehlt das Bezugsobjekt; „Änderung oder Ergänzung" steht frei. Allerdings wäre eine solche Auslegung einigermaßen kleinlich, denn im Kontext von Abs. 1 wird klar, dass der Wahrnehmungsvertrag gemeint ist.[1206] Steht diese Klausel also für sich, ist eine Teilbarkeit möglich. In der Folge ist dieser unbedenkliche Teil als gültig anzusehen. Die Folge ist, dass eine Änderung des Wahrnehmungsvertrags unter der Voraussetzung der Klausel möglich ist.

e. Konflikt mit § 31a UrhG

Die Einbeziehungsklausel sieht vor, dass die Verwertungsgesellschaft das jeweilige Werk auf eine Nutzungsart nutzen kann, wenn der Urheber nicht innerhalb von sechs Wochen widerspricht. Dabei wird die Klausel regelmäßig solche Nutzungsarten erfassen, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbekannt waren, jetzt aber als bekannt anzusehen sind. Hat der Urheber sich nach § 31 UrhG zur Übertragung einer neuen Nutzungsart verpflichtet, dann steht ihm nach § 31a Abs. 1 UrhG ein dreimonatiges Widerspruchsrecht zu, das mit Absendung einer Mitteilung an die letzte bekannte Adresse des Urhebers durch den Nutzenden beginnt. Bedenkt man, dass der BGH bereits für den alten § 31 Abs. 4 UrhG a.F. von einer Anwendung auf die Einbeziehungsklausel ausging, dürfte für seine Nachfolgerregelung nichts anderes gelten. Diese Frist der Zustimmungsfiktion konfligiert mit § 31a Abs. 1 S. 4 UrhG. Eine Unwirksamkeit kann daraus aber nicht abgeleitet werden, denn eindeutig liegt darin kein Verzicht auf das Widerspruchsrecht, sodass § 31a Abs. 4 UrhG greifen würde, wonach die Einbeziehungsklausel unwirksam wäre. Ein Entfallen des Widerspruchsrechts nach §§ 31a Abs. 2 und 32c UrhG erfolgt nicht. Zwar erfolgt die Zustimmung zur Nutzung durch die Einbeziehungsklausel über eine nunmehr bekannte Nutzungsart, dann wäre aber die Anwendung der §§ 31 f. UrhG auf die Einbeziehungsklausel insgesamt obsolet, weil sie diese umgehen würde. Zudem fordert § 31a Abs. 2 S. 1 UrhG eine Einigung über die Vergütung gesondert von der ursprünglichen Einräumung, nämlich

---

[1206] Vgl. Anhang C.

während laufender Widerspruchsfrist. Eine solche ermöglicht die Einbeziehungsklausel gerade nicht.

f. Eingriffsintensität

Im Hinblick auf die Eingriffsintensität der Einbeziehungsklausel lässt sich das auf Schranken angewendete Modell hier nicht übertragen. Die vertragliche Regelung beschränkt das Urheberrecht nicht. Der Wahrnehmungsberechtigte gibt mit der Regelung allerdings die Möglichkeit ab, länger als sechs Wochen über die Nutzungsrechtseinräumung zu reflektieren, ohne reagieren zu müssen. Dies stellt einen Eingriff in seine Rechtsposition dar, die allerdings als gering anzusehen ist. Das ergibt sich bereits aus der Zulässigkeit einer solchen Regelung nach dem BGB.

2. § 13d UrhWahrnG

a. Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht

i. Schutzbereich und Eingriff

Der verfassungsrechtliche Schutzbereich des Urheberrechts wurde bereits in Abschnitt C.V.1 abgesteckt, sodass an dieser Stelle keine weitere Erörterung dazu erfolgt. Entscheidend ist, dass durch die Wahrnehmungsvermutung des § 13d UrhWahrnG in den Schutzbereich des Art. 14 GG eingegriffen wird. Die Wahrnehmungsvermutung entzieht dem Urheber die Möglichkeit, sein Werk individuell zu verwerten, und führt es der kollektiven Wahrnehmung zu, solange der Urheber nicht widerspricht. Ein derartiger Eingriff wurde in Bezug auf seine Eingriffsintensität nicht von dem bisher genutzten Modell erfasst. Die Wahrnehmungsvermutung ist keine klassische Schranke. Für die Eingriffsintensität lässt sie sich am ehesten mit einer Zwangslizenz vergleichen. Denn durch die Vermutung der Wahrnehmungsbefugnis für die Verwertungsgesellschaft kommt § 11 UrhWahrnG mit seinem Abschlusszwang zur Anwendung. Damit kann grundsätzlich jeder von der Verwaltungsgesellschaft eine Lizenz erhalten. Aufgrund der temporären Wirkung ist der Eingriff hier geringer einzustufen als bei einer Zwangslizenz. Die Eingriffsintensität ist daher als gering einzustufen.

ii. Verhältnismäßigkeit

Jeder Eingriff in das Urheberrecht bedarf der Rechtfertigung unter Berücksichtigung öffentlicher Interessen und der Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.[1207] Die Umgestaltung der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG ist zulässig, wenn sie durch Gründe des öffentlichen Interesses unter Berücksichtigung des

[1207] BVerfG, NJW 1972, 145, 147 – *Schutzfristverkürzung.*

Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt ist.[1208] Die Verhältnismäßigkeit ist allgemein bei Vorliegen von Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit des Eingriffs gewahrt.[1209] Die Wahrnehmungsvermutung ermöglicht die Nutzung von vergriffenen Werken durch die privilegierten Einrichtungen und Dritte. An der Geeignetheit bestehen keine Zweifel. Anders verhält es sich hingegen mit der Frage der Erforderlichkeit. Von dieser ist auszugehen, wenn es kein milderes gleich geeignetes Mittel zur Erreichung des Ziels gibt.[1210] Hier stellt sich die Frage, warum das Urheberrecht im Rahmen verwaister Werke nach der RLOW diversen Recherchepflichten unterliegt, während im Rahmen vergriffener Werke, bei denen der Rechtsinhaber viel eher ermittelt werden könnte, keine Recherche im Gesetz angelegt ist, sondern lediglich von der Literatur gefordert wird. Es nimmt nicht Wunder, dass *Spindler* davon ausgeht, es dürfte die verfassungsrechtlich zulässigen Grenzen überschreiten, allein auf den Widerspruch des Rechtsinhabers zu vertrauen und von den Verwertungsgesellschaften theoretisch keinerlei Anstrengungen zu fordern, die Lieferbarkeit der Werke abzuklären.[1211] Ein milderes Mittel im Sinne einer schulmäßigen Verhältnismäßigkeitsprüfung, wie das BVerfG sie für die Einschränkung des Urheberrechts stets fordert, ist damit gegeben.[1212] Fraglich ist aber, ob eine solche Ausgestaltung auch dem Grundsatz Rechnung trägt, dass zwar das mildeste Mittel gewählt werden muss, dieses aber auch gleich geeignet sein muss.[1213] Ein weniger eingriffsintensives und zugleich weniger erfolgsversprechendes Mittel ist nach h.M. auf der Ebene der Erforderlichkeit nicht zu berücksichtigen, da anderenfalls die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers unterlaufen würde.[1214] Der Vorzug einer Wahrnehmungsvermutung, bei der das Gesetz bewusst keine Rechercheanforderungen aufstellt, ist, dass sie ein viel effektiveres Mittel ist als die Recherchepflichten, die beispielsweise die RLOW vorsieht. Ein Modell, dass ohne Recherchepflichten zur Rechtsübertragung führt, ist nur mit einer Fiktion zu erreichen, entsprechend § 137l UrhG. Die Eingriffsintensität der Fiktion ist im Vergleich zur Wahrnehmungsvermutung höher, weil die Fiktion nicht widerleglich ausgestaltet ist und stets eine Tätigkeit des Rechtsinhabers voraussetzt. Ein milderes und gleich geeignetes Mittel ist damit gegenwärtig nicht erkenntlich.

Nach den Grundsätzen des BVerfG ist ferner für die Frage der Angemessenheit eine Güterabwägung zwischen den Interessen des Urhebers und den Interes-

[1208] BVerfG, NJW 1972, 145, 147 – *Schutzfristverkürzung*.
[1209] Maunz/Dürig/*Grzesick*, Art. 20 GG, Rn 110 f.
[1210] BVerfG, NJW 2000, 55, 68; Maunz/Dürig/*Grzesick*, Art. 20 GG, Rn 113; *Fechner*, S. 31.
[1211] *Spindler*, ZUM 2013, 349, 357.
[1212] BVerfG, NJW 1972, 145, 148 – *Schutzfristverkürzung*; BVerfG, NJW 1979, 2029, 2030 – *Kirchenmusik*.
[1213] Maunz/Dürig/*Grzesick*, Art. 20 GG, Rn 114.
[1214] Maunz/Dürig/*Grzesick*, Art. 20 GG, Rn 114.

sen der Allgemeinheit vorzunehmen.[1215] Dabei ist insbesondere der Grundsatz, dass dem Urheber stets die wirtschaftlichen Früchte seiner Arbeit zugeordnet werden müssen, zu berücksichtigen, sowie die Gemeinwohlbelange umso stärker wiegen, umso stärker in die Rechtsposition des Urhebers eingegriffen wird.[1216] Die Regelung muss also auch im engeren Sinne verhältnismäßig, d.h. angemessen sein.[1217] Für die Festlegung, was als angemessene Verwertung eines Werks anzusehen ist, hat der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum.[1218] Insbesondere gilt dies im Hinblick darauf, wie die Urheber ihren Vergütungsanspruch durchsetzen können.[1219]

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung stehen sich damit das Interesse der Urheber an einer möglichst umfangreichen kommerziellen Verwertung und das der Allgemeinheit am einfachen und kostengünstigen Werkzugang gegenüber. Die Schwere des vom Urheber hinzunehmenden Eingriffs ist in Ermangelung einer Legaldefinition des Begriffs des vergriffenen Werks schwerlich feststellbar. Aufgrund der diversen Aufforderungen, eine solche Legaldefinition einzuführen[1220], wird man dem Gesetzgeber wohl unterstellen dürfen, die Begriffsbildung der Literatur und Rechtsprechung überlassen zu haben. Daher muss davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber ein so weit wie mögliches Unterbleiben von Recherchepflichten beabsichtigt hat. Deren Fehlen hingegen steigert die Eingriffsintensität für die Urheber. Denn je weniger die potentiellen Nutzer die Urheber aufspüren müssen, desto mehr Verantwortung tragen die Urheber selbst, sich ihres Widerspruchsrechts zu vergewissern.[1221] Eine maximale Eingriffsintensität bestünde, würde man als vergriffenes Werk alle solche ansehen, die vor dem Stichtag 1.1.1966 veröffentlicht worden sind. Eine minimale Eingriffsintensität wäre gegeben, wenn zweifelsfrei feststünde, dass das Werk nicht mehr lieferbar ist. Das wäre in Anlehnung an die französische Regelung sichergestellt, wenn der Verlag zweimal erfolglos angefragt wurde.[1222] Eine analoge Anwendung von Rechercheanforderungen aus der RLOW oder deren Umsetzung würde die Planwid-

[1215] BVerfG, NJW 1979, 2029, 2030 – *Kirchenmusik*.

[1216] BVerfG, NJW 1979, 2029, 2030 – *Kirchenmusik*.

[1217] Maunz/Dürig/*Grzesick*, Art. 20 GG, Rn 117.

[1218] BVerfG, ZUM 2010, 235, 239 m. w. N.

[1219] BVerfG, ZUM 2010, 235, 239.

[1220] z. B. *de la Durantaye* und *Berger* im Wortprotokoll der 138. Sitzung des Rechtsauschusses des 17. Deutschen Bundestages, 10.6.2013, S. 6, 44, abrufbar unter: http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/17_wp/UrheberR_verwaiste_Werke_BReg/wortproto2013.pdf?__blob=publicationFile (Stand: Juli 2014).

[1221] Der Eingriff ist damit qualitativ nicht identisch, weil für den Urheber unterschiedliches Verhalten angezeigt sein kann.

[1222] *Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Stellungnahme zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 20.2.2013 (15. März 2013), S. 24, Rn 65, abrufbar unter: https://www.ip.mpg.de/files/pdf2/Stellungnahme-BMJ-UrhG_2013-3-15-def1.pdf (Stand: Juli 2014).

rigkeit ihres Fehlens voraussetzen, was nicht gegebenen ist, da der Gesetzgeber eine solche umfangreiche Recherche gerade vermeiden wollte. Einen Mittelweg schlägt die Literatur mit der Recherche im Verzeichnis lieferbarer Bücher vor. Diese ist wohl der derzeitige Grundkonsens für die Auslegung des Begriffs „vergriffenes Werk". Denn eine irgendwie geartete Feststellung, dass das Werk nicht mehr lieferbar ist, muss getroffen werden, anderenfalls wäre die Regelung nicht angemessen. Die Regelung ist damit indes noch nicht angemessen, denn nach der Rechtsprechung des BVerfG muss stets Berücksichtigung finden, dass dem Urheber gerade die wirtschaftlichen Früchte seiner Arbeit zugeordnet werden sollen. Ist ein Werk lediglich nicht im Verzeichnis lieferbarer Bücher enthalten, bedeutet dies noch nicht, dass damit keine Neuauflage oder weitere wirtschaftliche Verwertung geplant ist. Zugunsten des Urhebers muss daher eine zeitliche Anknüpfung sicherstellen, dass der gegenwärtige Rechtsinhaber keine wirtschaftlichen Interessen mehr hegt. Ohne zeitliche Grenze würde dies außer Acht gelassen. Eine verfassungskonforme Auslegung muss dies berücksichtigen. Wie die zeitliche Grenze zu ziehen ist, ist dabei unklar. Eine Unterschreitung der Zwei-Jahres-Grenze aus § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 b) UrhG dürfte nicht ausreichen, denn die Regelung ist aufgrund der Einschränkung ihres Abs. 2 S. 3 UrhG deutlich enger gefasst und enthält damit eine geringere Eingriffsintensität. Unter Berücksichtigung dessen ist für § 13d UrhWahrnG eher eine längere Karenzzeit zu verlangen. Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf Verleger, die Investitionen zur Verwertung des Rechts getätigt haben.[1223]

Indes ist auch bei einer derartigen verfassungskonformen Auslegung zu berücksichtigen, dass im Hinblick auf die wirtschaftliche Zuordnung des Urheberrechts § 13d Abs. 4 UrhWahrnG vorsieht, dass die Urheber im Verhältnis zur Verwertungsgesellschaft wie Wahrnehmungsberechtigte gestellt werden. Dieses ist für sich genommen eine nachvollziehbare Lösung, die aber zu Recht kritisiert worden ist. Die durch vergriffene Werke eingenommenen Lizenzzahlungen fließen in den Verteilungsplan der Verwertungsgesellschaft. Dadurch entstehen den originär Wahrnehmungsberechtigten Windfall-Profits, und das, obwohl der eigentlich Berechtigte womöglich auffindbar wäre.[1224] Von einer Zuordnung der wirtschaftlichen Früchte kann keine Rede sein, wenn diese einfach in die allgemeine Verteilung der Verwertungsgesellschaft fließen. Zwar würde eine Forderung nach einer individuellen Ausschüttung schon praktisch nicht möglich sein. Zur Herstel-

[1223] Vgl. *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 892.

[1224] *de la Durantaye*, ZUM 2013, 437, 444; dies geht zulasten der Allgemeinheit, da überwiegend die von der Allgemeinheit getragenen Einrichtungen für Lizenzen zahlen werden. Kritisiert wurde ferner, dass Verleger, die die Auswertung nicht vorantreiben, nun für das Engagement der Einrichtungen entlohnt werden sollen, vgl. *Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Stellungnahme zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 20.2.2013 (15. März 2013), S. 27, Rn 72, abrufbar unter: https://www.ip.mpg.de/files/pdf2/Stellungnahme-BMJ-UrhG_2013-3-15-def1.pdf (Stand: Juli 2014).

lung einer angemessenen Regelung könnte die Norm in verfassungskonformer Weise jedoch so ausgelegt werden, dass die Verwertungsgesellschaft die Einnahmen aus Lizenzzahlungen vergriffener Werke separieren und möglichst zielgenau ausschütten müsste.[1225] Als Vorbild könnte die Praxis der skandinavischen Verwertungsgesellschaften dienen, nach der auch die nicht durch die Verwertungsgesellschaft repräsentierten Rechtsinhaber einen Anspruch auf individuelle Vergütung haben.[1226] Mit Praktikabilitätserwägungen und der Überforderung der Verwertungsgesellschaft lässt sich daher kaum argumentieren, wenngleich die Umsetzung einige Jahre in Anspruch nehmen würde.[1227]

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Regelung mit dem stetig gegebenen Widerspruchsrecht die Möglichkeit schafft, dass der Rechtsinhaber zur individuellen Verwertung zurückkehrt. Das Widerspruchsrecht gilt auch für Verleger.[1228] Ein irreparabler Eingriff in das Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers oder abgeleitete Recht des Verlegers findet nicht statt. Hinzu kommt, dass der wirtschaftliche Verlust, den die Rechtsinhaber unter Umständen erleiden, wohl gering ausfallen wird. Denn durch die zeitliche Begrenzung auf Werke, die vor dem 1.1.1966 veröffentlicht wurden, ist sichergestellt, dass der normale Auswertungszyklus bereits vollständig abgelaufen ist. Dies spricht für die Angemessenheit der Regelung.

Bei Abwägung aller vorgetragenen Umstände ist die Regelung als verfassungsgemäß anzusehen, soweit die Auslegung des Begriffs „vergriffenes Werk“ ein Mindestmaß an Präzisierung und Rechercheanforderungen erhält und die Verwertungsgesellschaften für eine echte Gleichbehandlung der Außenseiter sorgen.

b. Vereinbarkeit mit europäischem Urheberrecht

i. Vergleich mit Extended Collective Licensing

Konfliktpotential mit europäischem Urheberrecht könnte sich nur dann ergeben, wenn man die Regelung als Schranke versteht. Denn Schrankenregelungen sind in Art. 5 InfoSoc-RL abschließend aufgezählt. Eine echte Schranke im Sinne der Verkürzung des Urheberrechts stellt die Wahrnehmungsvermutung nicht dar. Typen von Schranken sind dabei bisher lediglich die ersatzlose Aufhebung des Urheberrechts, die gesetzliche Lizenz, die Zwangslizenz und die Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit.[1229] Aufgrund der Möglichkeit zum Opt-Out passt keine dieser Varianten auf die Wahrnehmungsvermutung. Konzeptionell ähnelt § 13d UrhWahrnG vielmehr dem System des Extended Collective Licensing der skandi-

---

[1225] *Gervais*, Vanderbilt Public Law Research Paper No. 11-26 (2011), S. 30 f.; *Riis/Schovsbo*, IIC 2012, 930, 947.

[1226] *Riis/Schovsbo*, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 471, § 2.1 (2010).

[1227] *Riis/Schovsbo*, IIC 2012, 930, 949.

[1228] Kritisch dazu *de la Durantaye*, ZUM 2013, 437, 443; *Klass*, GRUR Int. 2013, 881, 892.

[1229] Schricker/Loewenheim/*Melichar*, Vor §§ 44a ff. UrhG, Rn 6.

navischen Länder. Charakteristisch für das ECL-System ist ganz allgemein, dass Verwertungsgesellschaften durch das Gesetz dazu ermächtigt werden, auch die Rechte solche Urheber wahrzunehmen, die keinen Wahrnehmungsvertrag mit der Verwertungsgesellschaft abgeschlossen haben. Bemerkenswert ist, dass das ECL-System historisch auch zur Lösung des Außenseiterproblems gedacht war, allerdings im Kontext des Rundfunks und von Kopien im Bereich von Schulen.[1230] Für die Erweiterung der Wahrnehmungsbefugnis auf Außenseiter ist erforderlich, dass die Verwertungsgesellschaft einen wesentlichen Teil der Rechtsinhaber in einem bestimmten Bereich repräsentiert.[1231] Sind sie erfasst, können Dritte Lizenzen von den Verwertungsgesellschaften erwerben, ohne sich Ansprüchen der Rechtsinhaber ausgesetzt sehen zu müssen. Die Rechtsinhaber haben das Recht einer individuellen Vergütung und können ferner aus dem System herausoptieren.[1232] In den Einzelheiten gibt es Unterschiede, da nur ausnahmsweise eine kollektive Verteilung der Einnahmen in der Verwertungsgesellschaft vorgesehen ist und sie selbst Informationen für eine individuelle Verwertung beschafft.[1233] Allerdings gilt ganz grundsätzlich der Wahrnehmungsvertrag auch für die Außenseiter.[1234]

ii. Anforderungen an das Extended Collective Licensing

Für die Einführung eines ECL-Systems sieht EW 18 der InfoSoc-RL ausdrücklich vor, dass ihr der Schrankenkatalog sowie der in Art. 5 Abs. 5 enthaltene Drei-Stufen-Test nicht entgegenstehen. Dies bezieht sich nicht nur auf existierende, sondern auch auf neu zu schaffende Formen des ECL, was der Praxis der skandinavischen Länder entspricht.[1235] In der Richtlinie wird das ECL-System darüber hinaus als eine Verwaltung von Rechten bezeichnet, sodass fraglich wäre, ob der EU-Gesetzgeber ein ECL-System überhaupt im Konflikt mit dem Numerus clausus der Schranken aus Art. 5 Abs. 2 UrhG sehen würde.[1236] Einen „Persilschein" erhält das ECL-System mit diesen Aussagen der InfoSoc-RL allerdings noch nicht, weil eine klare Aussage des EU-Gesetzgebers, insbesondere für eine zulässige Ausgestaltung, fehlt.[1237] Indes enthält bereits die Satelliten- und Kabelrichtlinie (RL 93/83/EWG) in Art. 2 eine Regelung für ein dem ECL ähnliches System. Erforderlich für eine Ausdehnung auf Außenseiter ist dort unter anderem, dass der Rechtsinhaber jederzeit die Anwendung auf seine Werke ausschließen

[1230] *Riis/Schovsbo*, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 471, § 2.1 (2010).
[1231] *Riis/Schovsbo*, IIC 2012, 930, 935.
[1232] *Gervais*, Vanderbilt Public Law Research Paper No. 11-26 (2011), S. 17.
[1233] *Riis/Schovsbo*, IIC 2012, 930, 946.
[1234] *Riis/Schovsbo*, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 471, § 2.1 (2010).
[1235] *Spindler/Heckmann*, GRUR Int. 2008, 271, 278.
[1236] Erwägungsgrund 18 InfoSoc-RL; *Riis/Schovsbo*, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 471, § 3.1 (2010).
[1237] *Riis/Schovsbo*, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 471, § 3.1 (2010).

kann.[1238] Darüber hinaus wird aus der Formulierung, dass der Gesetzgeber ein solches Regime einführen darf, der Rückschluss gezogen, dass der nationale Gesetzgeber einer Ermächtigung bedarf, um ein ECL-System einzuführen.[1239] Ob eine derartig enge Auslegung zwingend ist, mag bezweifelt werden, da die Praxis der skandinavischen Länder dann bereits zu Konflikten geführt hätte. Vielmehr ist der EU im Hinblick auf die ECL guter Wille zu unterstellen.[1240] Dies zeigt sich auch dran, dass die InfoSoc-RL jünger ist. Jedenfalls aber dürften die Anforderungen der Satelliten- und Kabelrichtlinie nicht unterschritten werden.[1241] Zuletzt hat die Richtlinie 2014/26/EU vom 26. Februar 2014 über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Rechte an Musikwerken für die Online-Nutzung im Binnenmarkt in ihrem Erwägungsgrund 12 festgehalten, dass sie die Regelung der Mitgliedsstaaten über ECL-Systeme unberührt lässt. Insgesamt erscheint das ECL der skandinavischen Länder im Rahmen der EU in gewisser Weise gewohnheitsrechtlich geduldet.

iii. Spezielle Anforderungen aus dem MoU und der RLOW

Für die Einführung einer dem ECL-System nahekommenden Norm wird man eine solche traditionelle Verwurzelung kaum ins Feld führen können. Eine Ermächtigungsgrundlage ist daher zwar nicht ausdrücklich erforderlich, bietet aber Rechtssicherheit. Für den Spezialfall der vergriffenen Werke kann als implizite Ermächtigung auf die Aussage von Erwägungsgrund 4 RLOW und die im MoU aufgestellten Grundsätze rekurriert werden, denn die RLOW nimmt in ihrem Erwägungsgrund 4 ausdrücklich Bezug auf das MoU. Nach der dortigen Regelung dürfen Verwertungsgesellschaften auch Außenseiterrechte wahrnehmen, soweit sie größtmögliche Anstrengungen unternehmen, die Rechtsinhaber über die Wahrnehmung zu informieren, und der Urheber die Möglichkeit zum Opt-Out hat.[1242]

[1238] *Ficsor*, ZUM 2003, 3, 7.

[1239] *Ficsor*, ZUM 2003, 3, 7; *ders.*, UNESCO e-Copyright Bulletin, October-December 2003, S. 4, abrufbar unter: http://portal.unesco.org/culture/en/files/14935/10657988721Ficsor_Eng.pdf/Ficsor%2BEng.pdf (Stand: Juli 2014).

[1240] *Riis/Schovsbo*, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 471, § 3.1 (2010).

[1241] *Ficsor*, ZUM 2003, 3, 7; *Riis/Schovsbo*, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 471, § 3.1 (2010); im Ergebnis wohl auch *Spindler/Heckmann*, GRUR Int. 2008, 271, 278.

[1242] *European Commission* – Memorandum of Understanding „Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works“ vom 20.9.2011, Principle No. 2, § 4 und § 5, abrufbar unter: ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/20110920-mou_en.pdf (Stand: Juli 2014); wie das Informationsprocedere abzulaufen hat, ist zwischen den beteiligten Kreisen im Inland abzustimmen. Hiermit dürfte durch die verschiedenen Stellungnahmen im Rahmen der Gesetzesgenese zu §§ 13d und e UrhG Genüge getan sein.

Dennoch ist die RLOW hier nicht widerspruchsfrei. Art. 1 Abs. 5 der RLOW spricht sich für jedwede Organisation der Rechteverwaltung durch die Mitgliedsstaaten aus, während EW 24 RLOW nur ein bestehendes ECL-System ausdrücklich unbeschadet lässt. Die Zulassung eines neuen ECL-Systems kann aus der RLOW also nicht gefolgert werden.[1243] Insgesamt wird man wohl festhalten können, dass zumindest eine Außenseiterregelung, wie sie das MoU vorsieht, von der Gesetzgebung der EU mitgetragen wird. Anderenfalls wäre seine Erwähnung ohne Wert. Dies ist aber nicht mit der Zulassung eines neuen ECL-Systems gleichzusetzen.

Diese Bewertung zugrundegelegt, steht die Regelung des § 13d UrhWahrnG in Einklang mit europäischem Recht. Anforderungen an die Information der Rechtsinhaber wahrt § 13e UrhWahrnG. Die Möglichkeit zum Opt-Out ist dauerhaft möglich. Damit sind im Übrigen zugleich die Anforderungen der Satelliten- und Kabelrichtlinie gewahrt. Es zeigt sich, dass der europäische Gesetzgeber das System tatsächlich eher als Verwaltung der Rechte denn als Einschränkung betrachtet.[1244]

c. Vereinbarkeit mit internationalem Urheberrecht

i. Formalitätenverbot

Das Formalitätenverbot aus Art. 5 Abs. 2 RBÜ wurde ausführlich unter Abschnitt B.V.6.b behandelt, sodass auf die Darstellung verwiesen wird. Ein Verstoß gegen das Formalitätenverbot ist gegeben, wenn Genuss und Ausübung des Rechts an Formalitäten geknüpft werden. Den Genuss des Rechts stellt die Regelung des § 13d UrhWahrnG nicht zur Disposition, denn für die Rechtsentstehung ist keinerlei Formalität ersichtlich. Anders verhält es sich hingegen im Hinblick auf die Ausübung. Durch die Wahrnehmungsvermutung und Opt-Out könnte eine verbotene Formalität für die Ausübung geschaffen worden sein. Erneut lässt sich hier der Vergleich mit der ECL ziehen. Auch dort ist die Übereinstimmung mit der RBÜ diskutiert worden, wenngleich dort schon von einer mantrahaften Billigung des ECL gesprochen wird.[1245] Die reflektierende Literatur führt zutreffend zwei Argumente ins Feld, die gegen einen Verstoß sprechen, sowie ein Argument, das für einen Verstoß streitet.[1246] Zum Ersten ist von der Rechtsfolge des ECL her gedacht auch der Anspruch gegen eine Verwertungsgesellschaft die Ausübung des Rechts im Sinne von Art. 5 Abs. 2 RBÜ. Der Anspruch wird durch das ECL nur vom Nutzer auf die Verwertungsgesellschaft umgeleitet. Zweitens ist zwischen der Ausübung des Urheberrechts und der Ausübung des Urheberrechts als exklusives

[1243] a.A. Stamatoudi/Torremans/*Suthersanen/Frabboni*, § 13.21, S. 662.
[1244] Zweifelnd: *Riis/Schovsbo*, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 471, § 3.1, Fn 28 (2010).
[1245] *Riis/Schovsbo*, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 471, § 4.2 (2010).
[1246] *Riis/Schovsbo*, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 471, § 4.2 (2010); *Senftleben*, S. 209.

Recht mit individueller Wahrnehmung zu unterscheiden. Das ECL hat nur Auswirkungen auf die Durchsetzung des Vergütungsanspruchs, jedoch nicht auf das Urheberrecht an sich, weil nur der Anspruchsgegner des Urhebers ein anderer ist. Es ändert sich also nicht das Urheberrecht, sondern der Anspruchsgegner aus dem Urheberrecht, wenn herausoptiert wird. An die Grenzen stößt dieses Argument, wenn sich durch die individuelle Verwertung eine viel höhere oder viel niedrigere Summe erwirtschaften lässt. Das Argument kann man auch umdrehen, weil im originären Anwendungsbereich der Verwertungsgesellschaft, nämlich in der Zweitverwertung, eine individuelle Verwertung kaum wirtschaftlich möglich ist, sodass ein Rechtsgenuss erst mit der Kollektivierung möglich ist. Auf der anderen Seite lässt sich für eine verbotene Formalität anführen, dass Opt-Out immer nötig ist, damit der Urheber sein Verbotsrecht durchsetzen kann. Damit zeigt sich die Verwandtschaft des ECL zu anderen Schranken, insbesondere zur Zwangslizenz.

Gemünzt auf die in Rede stehende Regelung des § 13d UrhWahrnG gelten die Argumente entsprechend. § 13d Abs. 4 S. 2 UrhWahrnG sieht vor, dass der nicht originär Wahrnehmungsberechtigte gegenüber der Verwertungsgesellschaft dieselben Ansprüche wie ein originär Wahrnehmungsberechtigter hat. Insoweit trifft es zu, dass der Vergütungsanspruch nicht gegen den nutzenden Dritten, sondern gegen die Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden muss, also eine Umleitung besteht. Dies zeigt auch der Freistellungsanspruch aus § 13d Abs. 4 S. 1 UrhWahrnG. Zudem führt auch § 13d UrhWahrnG nur zu einer Änderung in der Rechtewahrnehmung durch Kollektivierung, verändert aber nicht den Rechtsbestand als solchen. Man wird zudem noch dafür vorbringen können, dass der Rechtsinhaber ohnehin erst durch die kollektive Auswertung ein kommerzialisierbares Recht erhält, denn eine individuelle Verwertung ist bei vergriffenen Werken prima facie von Verwerterseite nicht mehr angestrebt. Mit dem Opt-Out würde der Urheber sogar die Verwertung und damit die Ausübung im Sinne von Verwertung seines Rechts stoppen.

Schließlich greift auch hier das Argument, das für einen Verstoß spricht, nicht durch. Der Urheber muss zunächst sein Widerspruchsrecht ausüben, um ein Verbotsrecht gegen Dritte geltend zu machen, weil die Verwertungsgesellschaft dem Abschlusszwang unterliegt. An diesem Punkt ist erneut auf die bereits zum Google Book Settlement getroffenen Ausführungen zu verweisen. Im Kern dreht sich die Frage erneut darum, ob das Formalitätenverbot das Urheberrecht in seiner Ausschließlichkeit beschränkt. Wer hingegen argumentiert, das ECL sowie die Wahrnehmungsvermutung beträfen lediglich die Rechtsverwaltung und seien keine Bedingung für die Ausübung des Rechts, verkennt entweder den Charakter des Ausschließlichkeitsrechts oder spricht dem Urheber das Recht, die Nutzung zu

untersagen, in gewissen Fällen ab. Dann liegt freilich auch kein Konflikt mit Art. 5 Abs. 2 RBÜ vor. [1247]

Diese grundsätzliche Argumentation überzeugt indes im Rahmen von § 13d UrhWahrnG nicht, denn dort ist das Verbotsrecht inhaltsleer. Der Grund liegt in der Regelungsmaterie selbst. Ohne die Lizenzierung durch die Verwertungsgesellschaft bestünde keine Gefahr, überhaupt ein Verbotsrecht geltend machen zu müssen, weil das Werk nicht mehr verwertet würde. Eine wirtschaftliche Auswertung des Werks ergibt individuell keinen Sinn mehr. Die Verwertungsgesellschaft und die nutzende Einrichtung treten mit § 13d UrhWahrnG an die Stelle des Verwerters, gegenüber denen kein Verbotsrecht besteht. Eine Ausübung des Urheberrechts im Sinne der Geltendmachung eines Verbots wäre ohne die Wahrnehmungsvermutung gar nicht denkbar, zumindest soweit die Verwertung auf legalem Weg erfolgt, weil erst durch diese die Verwertungsgesellschaft Rechte an Dritte einräumt. Die Ausübung des Verbotsrechts kann in dieser Konstellation deshalb nicht dem Begriff der Ausübung aus Art. 5 Abs. 2 RBÜ unterfallen. Wo nichts zu verbieten ist, kann auch nicht verboten werden. Die Ausübung des Rechts ist im Fall der vergriffenen Werke nur dann möglich, wenn der Widerspruch gerade nicht ausgeübt wird. Sieht man dies anders, wäre auch der Zustand, das Werk vergriffen zu belassen, eine Ausübung des Urheberrechts. Dies wäre schon begrifflich höchst fragwürdig. Die Frage hingegen, ob es zulässig ist, dass das Urheberrecht unverwertet bleibt, ist hingegen keine Frage des Formalitätenverbots, sondern eine Frage des Schutzumfangs. Durch die Wahrnehmungsvermutung wird dem Urheber, wie beim ECL, eine spezielle Form der Verwertung vorgeschrieben. Dies stellt aber eine Beschränkung des Urheberrechts und keine Formalität dar.[1248] Die Ausübung wird also nicht an eine Formalität geknüpft, sondern sie wird insgesamt vordefiniert. Nicht überzeugend hingegen wäre es zu behaupten, dass die Wahrnehmungsvermutung des § 13d UrhWahrnG keine Rechtseinräumung an die Verwertungsgesellschaft zur Folge habe, weil sie nicht fingiert, sondern bloß vermutet wird. Es komme also nicht zu einem fingierten Rechtsübergang oder einer cessio legis, sondern nur zur Einräumung der Befugnis, die Rechte wahrzunehmen, weshalb kein Verstoß vorliege.[1249] Dies würde zu kurz greifen, weil damit unberücksichtigt bliebe, dass der Urheber zur Geltendmachung des Verbotsrechts optieren muss, und zudem § 13d Abs. 4 S. 2 UrhWahrnG zur Anwendung des § 1 WV VG Wort ignoriert würde, der ausdrücklich eine Rechtseinräumung vorsieht. Ein Verstoß gegen das Formalitäten-

---

[1247] So im Ergebnis *Gervais*, Vanderbilt Public Law Research Paper No. 11-26 (2011), S. 17; *Riis/Schovsbo*, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 471, § 4.2 (2010).

[1248] Vgl. *Senftleben*, S. 208 f.

[1249] In diesem Sinne bereits *von Lewinski*, UNESCO e-Copyright Bulletin, January-March 2004, S. 11, abrufbar unter: http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139656e.pdf (Stand: Juli 2014).

verbot liegt damit nicht vor, denn entscheidend ist, dass § 13d UrhWahrnG überhaupt erst eine Ausübung des Urheberrechts im Hinblick auf das Verbotsrecht ermöglicht.

ii. Drei-Stufen-Test

Für den Drei-Stufen-Test nach Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS und Art. 10 WCT sind die Grundsätze bereits unter Abschnitt B.V.6.a dargestellt worden, sodass diese hier nicht erneut dargelegt werden. In Frage steht, wie § 13d UrhWahrnG mit dem Drei-Stufen-Test vereinbar ist. Eine Beschränkung geht damit einher, dass dem Urheber die Modalitäten der Rechtsverwertung aufgedrängt werden. Bis zur Geltendmachung des Widerspruchsrechts kann er gegenüber Lizenznehmern der Verwertungsgesellschaft kein Verbotsrecht geltend machen.

(1) Anwendbarkeit

In Frage steht zunächst, ob § 13d UrhWahrnG eine Ausnahme oder Beschränkung enthält, für die der Drei-Stufen-Test Anwendung findet.[1250] Dazu ist nicht erforderlich, dass die untersuchte Norm vom nationalen Gesetzgeber als Ausnahme oder Beschränkung betitelt wurde.[1251] Greift die Wahrnehmungsvermutung, kann der Rechtsinhaber sein Verbotsrecht nicht gegenüber Lizenznehmern der Verwertungsgesellschaft geltend machen. Im Gegenzug erhält der Rechtsinhaber einen Vergütungsanspruch gegen die Verwertungsgesellschaft. In der Literatur wird vertreten, dass der Drei-Stufen-Test keine Anwendung auf Regelungen findet, die nur die Ausübung von Ansprüchen, etwa deren Zuweisung an Verwertungsgesellschaften, betreffen.[1252] Diese seien technisch keine Schranken, weil sie den wirtschaftlichen Gehalt des Rechts unberührt lassen und nur die Durchsetzbarkeit verändern.[1253]

Dies ist wenig überzeugend, da das Verbotsrecht des Urhebers gegenüber Dritten hinfällig wird. Zugleich ist unklar, ob der wirtschaftliche Gehalt des Rechts unverändert bleibt, weil durchaus durch eine individuelle Verwertung höhere Lizenzzahlungen denkbar sind, als im Rahmen kollektiver Wahrnehmung.[1254]

[1250] Die Begriffe der Ausnahme und Beschränkung sind im Hinblick auf die unterschiedlichen Urheberrechtsysteme, die das internationale Urheberrecht umfasst, zu verstehen, sind aber beide im Sinne einer Begrenzung des Ausschließlichkeitsrechts zu sehen, vgl. *Senftleben*, 22.

[1251] *Senftleben*, S. 115; *ders.*, 1 Berkeley Technology Law Journal Commentaries 1, 5 (2014).

[1252] *Hugenholtz/Okediji*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-43 (2012), S. 19; *Riis/Schovsbo*, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 471, § 4.3 (2010).

[1253] *von Lewinski*, UNESCO e-Copyright Bulletin, January-March 2004, S. 5, abrufbar unter: http://unesdoc. unesco.org/images/0013/001396/139656e.pdf (Stand: Juli 2014); *Hugenholtz/Okediji*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-43 (2012), S. 19 (m. w. N.); *Riis/Schovsbo*, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 471, § 4.3 (2010).

[1254] So bereits die Argumentation im Rahmen des Formalitätenverbots im vorstehenden Abschnitt.

Zweifel müssen hier zulasten der Ausnahmen gehen. Im Übrigen streitet auch die Gesetzesgenese von Art. 11bis Abs. 2 RBÜ für die Einstufung als Beschränkung.[1255] Insgesamt ist die Regelung des § 13d UrhWahrnG als Beschränkung im Sinne des Drei-Stufen-Tests zu sehen. Eine andere Ansicht, nach der sich eine Außenseiterregelung – in Anlehnung an die skandinavischen ECL – als bloße Regelung zur Verwaltung des Urheberrechts darstellt, die die ökonomischen Bestandteile unberührt lässt, ist nicht mehr als der Versuch, die wahre Wirkung der Regelung zu verschleiern. Dies zeigt sich ganz deutlich an der Verwandtschaft von § 13d UrhWahrnG sowie der ECL-Systeme zur Zwangslizenz.[1256] Jegliche nicht freiwillige Lizenz ist am Drei-Stufen-Test zu messen.[1257] Für § 13d UrhWahrnG könnte argumentiert werden, er begründe eine freiwillige Lizenz, denn es bleibt dem Urheber unbenommen, von seinem Opt-Out-Recht Gebrauch zu machen. Dagegen spricht, dass die Freiwilligkeit lediglich mit dem Zeitablauf unterstellt wird. Im Vergleich mit der Änderung des Wahrnehmungsvertrags und den Anforderungen nach deutschem AGB-Recht genügt eine solche Unterstellung gerade nicht, um Freiwilligkeit zu begründen, sondern muss zwischen den Parteien vereinbart werden. Indes ist der Rechtsinhaber nach § 13d UrhWahrnG auf diese Wirkung nur hingewiesen worden. Aus Zeitablauf und Information hat der Gesetzgeber eine Freiwilligkeit des Rechtsinhabers entnommen. Auf diese Unterstellung folgt, dass der Urheber sein Ausschließlichkeitsrecht teilweise einbüßt. Damit unterfällt die Regelung der Beschränkung.

(2) Anwendung auf § 13d UrhWahrnG

Für die Auslegung der Begriffe im Rahmen der einzelnen Teststufen ist erneut auf die unter Abschnitt D.V.2.b dargelegten Grundsätze zu verweisen. Auf Teststufe 1 ist danach zu fragen, ob die Regelung nur gewisse Sonderfälle betrifft. Dafür muss die Regelung klar umrissen und eng in Anwendungsbereich und Reichweite sein.[1258] Davon ist bei § 13d UrhWahrnG auszugehen, weil die Regelung lediglich vergriffene Werke im Hinblick auf die Rechte der Vervielfältigung und öffentlichen Zugänglichmachung betrifft. Die Regelung ist auf einen eingegrenzten Fall beschränkt. Ferner sind nur Werke vor dem 1.1.1966 betroffen. Schließlich kann zwar grundsätzlich jeder eine Lizenz für diese Rechte von der Verwertungsgesellschaft erwerben, dies ergibt aufgrund des Verbots gewerblicher Nutzung jedoch nur für nicht auf wirtschaftliche Nutzung ausgerichtete Personen Sinn.

Auf Teststufe 2 darf kein Konflikt mit der normalen Auswertung des Werks bestehen. Unabhängig davon, wie dieser Begriff im Einzelnen auszulegen ist, kann hier denklogisch kein Konflikt bestehen, denn ein vergriffenes Werk wäre kein

1255 *Senftleben*, S. 117.
1256 Für das ECL Dänemarks *Riis/Schovsbo*, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 471, § 4.3 (2010).
1257 *Senftleben*, S. 117.
1258 *Ricketson & Ginsburg*, § 13.11, S. 764.

vergriffenes Werk, wenn noch eine Auswertung stattfinden würde. Auf die Frage, was „normal" ist, kommt es also nicht an.[1259] Auch die Frage, ob das Opt-Out-Recht den Konflikt mit einer normalen Auswertung durch die Beschränkung auflösen kann, spielt hier keine Rolle.[1260]

Teststufe 3 ist die Prüfung, ob die Regelung berechtigte Interessen des Urhebers (Art. 9 Abs. 2 RBÜ) bzw. Rechtsinhabers (Art. 13 TRIPS) unzumutbar verletzt. An diesem Punkt fragt sich ganz grundsätzlich, welche Interessen der Rechtsinhaber an einem vergriffenen Werk hat. Ein Verleger hat wirtschaftliche Interessen im Sinn. Das Interesse an der Verwertung wird aber regelmäßig abgekühlt sein. Beabsichtigt ein Verleger hingegen, seine Bestände nicht mehr in Druckform zu verlegen, so muss dies nicht zwangsläufig für den Verkauf für E-Books gelten. Ein wirtschaftliches Interesse besteht aufgrund dieser technischen Entwicklung unter Umständen auch an einem in Printform vergriffenen Werk, das dieser Nutzung noch nicht zugeführt worden ist. Für die Bewertung der berechtigten Interessen des Urhebers gilt dies ebenfalls. Hinzu kommt aber möglicherweise das Interesse an der Nichtverwertung in elektronischer Form. Letzteres ist zwar ein Interesse – ob dieses auch berechtigt ist, ist dagegen im Rahmen der auf der dritten Stufe vorzunehmenden Abwägung zu entscheiden.[1261] Aufgrund von Art. 6bis RBÜ gelten jedenfalls auch urheberpersönlichkeitsrechtliche Aspekte als Interessen im Sinne der dritten Teststufe.[1262] Zu beantworten ist die Frage, ob durch die Norm eine unzumutbare Verletzung dieser Interessen vorliegt, so sie denn berechtigt sind. Aus der englischen Fassung des RBÜ „unreasonable prejudice" ist eine dem britischen Recht nachempfundene Art der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu entnehmen.[1263] Im Hinblick auf die rein wirtschaftlichen Interessen ergibt sich in der Verhältnismäßigkeitsprüfung nichts anderes als bereits im Rahmen von Art. 14 GG. Hinzu kommt noch, dass historisch Zwangslizenzen mit Kompensationen im Rahmen des Drei-Stufen-Tests stets gerechtfertigt werden können.[1264] Dies gilt umso mehr, als der Urheber bzw. Rechtsinhaber mit dem Opt-Out-Recht den Ursprungszustand herstellen kann. Er ist der Wahrnehmungsvermutung also nicht bedingungslos ausgesetzt. Das Opt-Out-Recht kann hier berücksichtigt werden, weil es im Rahmen des § 13d UrhWahrnG gerade keine Formalität im Sinne von Art. 5 Abs. 2 RBÜ darstellt.

Problematisch ist hingegen die Frage, ob das ideelle Interesse des Urhebers an der Nichtverwertung mit der dritten Teststufe vereinbar ist. Es fragt sich dabei

---

[1259] Ausführlich dazu *Senftleben*, S. 168 f; *Ricketson & Ginsburg*, § 13.15, S. 767.

[1260] So auch *Senftleben*, 1 Berkeley Technology Law Journal Commentaries 1, 14 (2014).

[1261] *Ricketson & Ginsburg*, § 13.24, S. 774.

[1262] *Ricketson & Ginsburg*, § 13.24, S. 774; dies gilt nicht für Art. 13 TRIPS, da Art. 9 Abs. 1 TRIPS eine Berücksichtigung von Art. 6bis RBÜ ausschließt.

[1263] *Senftleben*, S. 211; *Ricketson & Ginsburg*, § 13.25, S. 774, mit dem Hinweis auf die Kritik im Rahmen der Stockholm-Konferenz, die Formulierung sei zu britisch, um verständlich zu sein.

[1264] *Ricketson & Ginsburg*, § 13.25, S. 774 f.

zunächst, ob dieses Interesse überhaupt berechtigt im Sinne des Drei-Stufen-Tests ist. Nach h.M. umfasst der Begriff der Berechtigung sowohl materielle als auch immaterielle Interessen.[1265] Es sind eine positivrechtliche Berechtigung sowie eine normative Grundlage für die Interessen zu suchen.[1266] Der normative Einschlag geht regelmäßig in der Verhältnismäßigkeitsprüfung für die Frage der unzumutbaren Verletzung auf.[1267] Dies gilt aber dann nicht, wenn die Interessen des Urhebers über die positivrechtlich festgelegten Interessen hinausgehen. Letztere tragen ihre Berechtigung in sich. Für außerhalb des Positivrechtlichen liegende Interessen ist eine nähere Begründung ihrer Berechtigung erforderlich. Für das hier in Rede stehende Interesse an der Nichtverwertung ist auf die positivgesetzliche Verankerung des Urheberrechts als Ausschließlichkeit zu verweisen. Als Vorfrage, ob dieses Ausschließlichkeitsrecht verletzt wird, stellt sich also zunächst die Frage, ob es überhaupt das Interesse an der Nichtverwertung umfasst. Erst, wenn dies feststeht, ist eine Beschränkung im Rahmen des Tatbestandmerkmals der unzumutbaren Verletzung abzuwägen. Grundsätzlich ist es für ein Ausschließlichkeitsrecht fundamental, dass der Rechtsinhaber bestimmen kann, ob sein Werk verwertet wird. Dies zeigt sich am Recht, dass nur er das Werk veröffentlichen kann. Hat der Rechtsinhaber das Werk bereits veröffentlicht und darüber hinaus auch verwertet, hat er bereits gezeigt, dass sein Interesse auch in der Verwertung liegt. Das spricht gegen die Berechtigung am Interesse der Nichtverwertung. In gewisser Weise handelt es sich um widersprüchliches Verhalten. Indes ist die Frage der Verwertung auch auf die Verwertungsform zu erstrecken. Für das deutsche Urheberrecht kann hier auf die Streichung von § 31 Abs. 4 UrhG a.F. rekurriert werden. Danach hat der Urheber keine Entscheidungsfreiheit mehr, einen Sinneswandel im Hinblick auf vormals unbekannte Nutzungsarten vorzunehmen, wenn er dies bereits anfänglich schriftlich anders geäußert hat und es angemessen vergütet wird. Für von § 13d UrhWahrnG erfasste Werke galt das Verbot im Hinblick auf unbekannte Nutzungsarten nicht.[1268] Die Grundentscheidung der Verwertung auch auf unbekannte Nutzungsarten hat der Gesetzgeber dem Urheber damit einmal eingeräumt. Späterer Sinneswandel ist dem Rechtsinhaber nur dann zuzugestehen, wenn er sich dies vorbehalten hat. Für diesen Fall ist das Interesse an der Nichtverwertung dann auch nicht als widersprüchliches Interesse zu berücksichtigen. Das Ausschließlichkeitsrecht umfasst deshalb auch dieses Interesse. Es kann nicht per se abgelehnt werden und ist als berechtigtes Interesse anzuerkennen. Zu keinem anderen Ergebnis gelangt man schließlich, wenn man mit *Senftleben* für das berechtigte Interesse verlangt, dass es auf urheberrechtliche Begründungssätze (normativ oder utilitaristisch) zurückzuführen sein muss. Es fragt sich,

[1265] *Ricketson & Ginsburg*, § 13.24, S. 774; WTO Panel, WT/DS160/R, § 6.224, § 6.227.
[1266] *Ricketson & Ginsburg*, § 13.24, S. 774; *Senftleben*, S. 228 f.
[1267] *Ricketson & Ginsburg*, § 13.24, S. 774; a.A. *Senftleben*, S. 228 f.
[1268] Vgl. dazu Abschnitt E.III.1.a.

ob das Interesse an der Nichtverwertung mit irgendeiner Zielsetzung des Urheberrechts übereinstimmt. Im Rahmen der Digitalisierung dürfte der Urheber sich auf sein Interesse an der Werkintegrität berufen, das durch die Digitalisierung des Printwerks verletzt sein könnte. Dies ist zwar kaum objektiv nachvollziehbar, was aber einem ideellen Interesse wohl immanent ist.

Ferner ist fraglich, ob das Interesse unzumutbar verletzt wird. Da es sich um ein rein ideelles Interesse handelt, ist der Verhältnismäßigkeit mit dem monetären Ausgleich für die Nutzung wohl kaum genüge getan. Daran hat der Urheber, der nicht verwerten will, augenscheinlich kein Interesse, sodass damit keine Verhältnismäßigkeit hergestellt werden kann. Hingegen ist erneut auf die Möglichkeit zum Opt-Out abzustellen. Mit dieser hat der Rechtsinhaber die Chance, seine Interessen zu wahren. Ihm bleibt die Wahl. Er muss sie nur ergreifen. Die Möglichkeit dazu wird ihm auch deutlich gemacht, indem er nach § 13d UrhWahrnG auf dieses Recht hingewiesen wird.[1269] Es ist also keine leere Hülle, die dem Urheber verborgen bleibt. Eine unzumutbare Verletzung berechtigter Interessen ist sonach nicht gegeben. § 13d UrhWahrnG ist damit mit dem Drei-Stufen-Test vereinbar.

3. Ergebnis

§ 5 Abs. 2 S. 1 WV VG Wort ist für sich genommen unwirksam, weil eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB vorliegt. § 5 Abs. 2 S. 2 und 3 WV VG Wort stehen für sich genommen im Einklang mit den §§ 305 ff. BGB. § 5 Abs. 2 S. 1 und S. 3 WV VG Wort sind zusammengenommen intransparent und verstoßen daher gegen § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Klausel § 5 Abs. 2 WV VG kann jedoch ohne den selbstständig unwirksamen Teil im zulässigen Rahmen des Blue-Pencil-Tests aufrechterhalten werden.

§ 13d UrhWahrnG ist mit allen höhergesetzlichen Anforderungen vereinbar. Im Hinblick auf das Grundgesetz ist der Eingriff in das Urheberrecht verhältnismäßig. Zwar ist die Eingriffsintensität mangels Definition des Begriffs „vergriffenes Werk" groß, sodass der Urheber bzw. Rechtsinhaber tätig werden muss, um den Eingriff zu beenden. Dies kann jedoch durch eine verfassungskonforme Auslegung gelöst werden. Aufgrund der Gleichstellung mit originär Wahrnehmungsberechtigten müssen die Verwertungsgesellschaften die Ausschüttung an die Rechtsinhaber sicherstellen. Das Widerspruchsrecht und der enge Anwendungsbereich mildern den Eingriff ab.

Die Reglung lässt sich auch mit europäischen Recht in Einklang bringen. Sie ist mit einem ECL-System vergleichbar. Anforderungen, die das europäische

[1269] Dies ist ein entscheidender Unterschied zu ECL-Systemen, vgl. *Riis/Schovsbo*, 33 Columbia Journal of Law & the Arts 471, § 4.3 (2010). Beim ECL in den skandinavischen Ländern ist das System aufgrund seiner Tradition wohlbekannt, sodass der Bekanntmachung ohnehin ein anderer Stellenwert beizumessen wäre.

Recht für ECL stellt, erfüllt die Regelung. Spezielle Anforderungen aus der RLOW und MoU erfüllt sie ebenfalls.

Das Formalitätenverbot stellt eine große Hürde für § 13d UrhWahrnG dar. Mit der Argumentation zum ECL, dass lediglich eine Verwaltung der Urheberrechte betroffen sei, bleibt das Verbotsrecht gegenüber den Lizenznehmern der Verwertungsgesellschaft außer Betracht. Dieses erhält der Urheber bzw. Rechtsinhaber erst, wenn er optiert. Eine Ausübung des Urheberrechts im Sinne des Formalitätenverbots ist darin aber nicht zu erblicken. Argumentieren lässt sich hier, dass das Verbotsrecht ohnehin erst aufgrund der Wahrnehmungsvermutung einen Inhalt bekommt, d.h. vorher keine Ausübung des Rechts möglich ist.

Der Drei-Stufen-Test ist auf § 13d UrhWahrnG anwendbar, weil das Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers mit der Regelung im Hinblick auf das Verbotsrecht gegenüber Dritten nicht mehr durchgesetzt werden kann. Zudem stellt die Wahrnehmungsvermutung auch keine freiwillige Lizenz dar. Es besteht aber kein Verstoß, weil sich § 13d UrhWahrnG mit dem Drei-Stufen-Test in Einklang bringen lässt. Lediglich auf letzter Teststufe ergeben sich Probleme mit dem berechtigten Interesse des Urhebers an der Nichtauswertung. Dieses ideelle Interesse kann der Urheber mit dem Opt-Out-Recht wahren, sodass keine Verletzung auf dritter Teststufe gegeben ist.

VI. Profiteure

1. Urheber

Die Rechtsfolge der Regelungen ist, dass die VG Wort bzw. im Rahmen des § 13d UrhWahrnG auch die VG Bild-Kunst Rechte wahrnimmt. Der Urheber verliert damit die Möglichkeit der individuellen Verwertung. Im Gegenzug erhält er einen Vergütungsanspruch, der in beiden Regelungen derselbe ist. Dieser ergibt sich in beiden Regelungen aus dem Wahrnehmungsvertrag. Für vergriffene Werke stellen beide Regelungen sicher, dass das Werk überhaupt wieder einer Auswertung zugeführt werden kann. Im Fall, dass ein Verlag eine exklusive Lizenz hält, müsste der Urheber bei weiterer Nichtauswertung sein Rückrufrecht aus § 24 UrhG ausüben und sich einen neuen Verwerter suchen. Hier gilt aber, dass die Vergriffenheit die Unwirtschaftlichkeit der Auswertung impliziert. Die kollektive Wahrnehmung ist daher wohl die einzig verbleibende Möglichkeit, das Werk zu verwerten. Große Einnahmen dürften im Hinblick auf § 13d UrhWahrnG nicht zu erwarten sein, da der Kreis der Lizenznehmer mit der Einschränkung auf gewerbliche Zwecke gering und auf gemeinwohlorientierte Einrichtungen gerichtet ist. Nachteilig für den Rechtsinhaber ist, dass weder im Rahmen des Wahrnehmungsvertrags noch der Wahrnehmungsvermutung eine klare Definition enthalten ist, wann ein Werk vergriffen ist. Eine größere Recherche ist also nicht zwingend. Die Rechtsinhaber müssen daher stets im Auge haben, ob ihr Werk in der Liste vergriffener Werke des DPMA auftaucht. Daher sinken auch die Transaktionskosten mit der kol-

lektiven Wahrnehmung nur für die Lizenznehmer und nicht absolut. Sie werden lediglich auf die Rechtsinhaber umgewälzt. Statt Gegenstand einer Recherche zu sein, müssen die Urheber bei vergriffenen Werken den Status des Werks im Auge haben. Die Recherchekosten, die bei den Lizenznehmern entfallen, entstehen bei den Urhebern in Form von Überwachungskosten des Registers vergriffener Werke. Ob diese absolut niedriger sind, lässt sich nicht vorhersagen, denn sie fallen im Vergleich zu Recherchekosten nicht einmal kumuliert, sondern dauerhaft an.

Für Urheber, deren Werke nicht vergriffen sind, führen die Regelungen zu Windfall-Profits. Einnahmen der Verwertungsgesellschaft für vergriffene Werke fallen in die allgemeine Ausschüttung und werden daher allen Urhebern zuteil, wenn nicht die Rechtsinhaber vergriffener Werke selbst wahrnehmungsberechtigt sind.

Insgesamt ist der Trend der Regelungen, dass die kollektive Verwertung sich auf einen Bereich ausdehnt, der klassischerweise im Bereich der individuellen Verwertung liegt. Die Verwertung eines Werks als E-Book ist typischerweise keine Zweitverwertung, sondern eine Erstverwertung. Eine eigentlich individuelle Verwertung in den Bereich der Zweitverwertung zu verschieben, führt, wie bereits im Rahmen des § 137l UrhG gezeigt, dazu, dass keine individuell angemessene Preisfestsetzung stattfindet, weil die Verwertungsgesellschaft aufgrund des Massenverfahrens nur Tarife aufstellen kann. Dies wird vielen Urhebern sicherlich nicht zum Vorteil gereichen.

Letztlich ist für diejenigen Rechtsinhaber, für die die Wahrnehmungsvermutung zutrifft, zu berücksichtigen, dass diese im Rahmen der verwertungsgesellschaftlichen Organisation nicht repräsentiert werden. Sie haben keine Stimme in der Mitgliederversammlung. Dieser Punkt gewinnt an Bedeutung, wenn man bedenkt, dass die Verwertungsgesellschaft nicht zwingend zum Wohle aller Mitglieder handelt bzw. handeln kann. Dies zeigt nicht zuletzt der Rechtsstreit Vogel gegen die VG Wort.[1270] Das Bild von den Verwertungsgesellschaften als selbstverliebte und egoistische Verwerter ist daher nicht völlig fernliegend.[1271] Der einzelne Urheber als Wahrnehmungsberechtigter ist nur ein unbedeutender Teilhaber im System der Verwertungsgesellschaft.[1272]

2. *Verwerter*

Für die Verwerter haben die Regelungen die Folge, dass eventuell geplante Neuauflagen in das Visier der Wahrnehmungsvermutung des § 13d UrhWahrnG fallen. Dies ist wohl nur in ganz seltenen Ausnahmefällen zu erwarten, denn Werke, die seit 1966 nicht mehr verlegt wurden, werden wohl auch zukünftig nicht mehr

[1270] OLG München, ZUM 2014, 52.
[1271] a.A. *Flechsig*, ZUM 2013, 745; vgl. OLG München, ZUM 2014, 52.
[1272] *Riis/Schovsbo*, IIC 2012, 930, 933.

verlegt werden. Planen Verlage hingegen, ihren Bestand insgesamt digital zu verwerten, ist hier immerhin die Widerspruchsmöglichkeit gegeben. Verlage, die wahrnehmungsberechtigt sind, profitieren ebenfalls von dem oben beschriebenen Windfall-Profit. Zugleich werden ihnen die Überwachungskosten für ihre vergriffenen Werke aufgebürdet, falls sie eine kollektive Wahrnehmung verhindern möchten.

3. *Allgemeinheit*

Die Allgemeinheit profitiert von den Regelungen insoweit, als sie die Digitalisierung ermöglicht. Zudem bietet sie den privilegierten Einrichtungen einen Weg, vergriffene Werke ohne großen Rechercheaufwand zu digitalisieren. Zugleich kann mit der Regelung des § 13d UrhWahrnG der Rechercheaufwand für verwaiste Werke, die zugleich vergriffen sind, eingespart werden. Die Verwertungsgesellschaft wird daher zunehmend zur Anlaufstelle für die Lizenzierung des kulturellen Erbes in Form eines One-Stop-Shops. Dies ist für die Allgemeinheit aber nur bedingt wünschenswert, denn schließlich führt eine kollektive Wahrnehmung durch die tarifliche Ausschüttung zur Angleichungen in der Entlohnung der Urheber. Dem künstlerischen Wert eines Werks, der sich auch im Anklang bei der Allgemeinheit manifestiert, wird dann nicht mehr ausreichend Rechnung getragen. Das bedeutet, dass die Incentivierung der Urheber leidet. Dies ist dem Interesse der Allgemeinheit an einer blühenden Kulturlandschaft kaum zuträglich.

4. *Ergebnis*

Im Ergebnis lässt sich daher festhalten, dass die eigentlicheen Profiteure der Regelungen die Verwertungsgesellschaften sind. Sie ziehen ihre Macht aus dem Umfang ihres Portfolios bzw. der Menge der von ihnen repräsentierten Wahrnehmungsberechtigten. Erweitert sich dieses Repertoire, steigt ihr Einfluss. Dies gilt umso mehr, als mit der Zuordnung von Rechten an die Verwertungsgesellschaften, die der Erstverwertung zugeordnet werden müssen, ein neues Terrain für die kollektive Wahrnehmung erschlossen wird.

VII.Zusammenfassung

Die beiden dargestellten Modelle haben zum Ziel, das sog. Außenseiterproblem zu lösen. Dies gilt in persönlicher Sicht für § 13d UrhWahrnG und in gewisser Weise sachlich für die Einbeziehungsklausel des WV VG Wort. Von ihr sind Rechte von Wahrnehmungsberechtigten betroffen, die im ursprünglichen Katalog des Wahrnehmungsvertrags nicht enthalten waren. Beide Regelungen haben einen engen Anwendungsbereich. § 13d UrhWahrnG betrifft nur Werke, die vor dem 1.1.1966 veröffentlicht wurden und sich im Bestand privilegierter Einrichtungen befinden. Die Einbeziehungsklausel des WV VG Wort betrifft nur die Wahrnehmungsberechtigten der VG Wort, d.h. Wortautoren. Beide Regelungen erweitern das Port-

folio der Verwertungsgesellschaft und erleichtern damit die Verwertung der Werke. In ihrer dogmatischen Konzeption stellt die Einbeziehungsklausel eine fingierte Erklärung dar, während § 13d UrhWahrnG eine widerlegliche Vermutung aufstellt. Mit einem Widerspruch, d.h. einer Opt-Out-Regelung, kann der Urheber den Konsequenzen entgehen. Diese liegen in der kollektiven Rechtewahrnehmung durch die Verwertungsgesellschaft. Beide Regelungen verstoßen nicht gegen höherrangiges Recht. § 13d UrhWahrnG ist mit dem Formalitätenverbot letztlich vereinbar, während der Drei-Stufen-Test keine größere Hürde darstellt. Profiteure der Regelung sind letztlich die Verwertungsgesellschaften.

Kapitel 4 Modellvergleich

Das folgende Kapitel führt die Ergebnisse der Modelluntersuchungen zusammen und stellt diese im Vergleich gegenüber. Zur Übersicht dient die im Anhang E befindliche tabellarische Darstellung. Der Vergleich der Modelle orientiert sich dabei an den übergeordneten Prüfungsparametern. Ziel ist es, Übereinstimmungen und Gegensätze herauszuarbeiten.

A. Prüfungsparameter I: Entstehung und Problemlage

I. Kurzzusammenfassung der Befunde

Das GBS hat als Ziel, eine gerichtliche Auseinandersetzung mit einem Vergleich beizulegen. Die Entstehung des GBS ist dabei auf ein von der Klägerseite als rechtswidrig eingestuftes Verhalten zurückzuführen. Erst daraus wurde der Vergleich des GBS über mehrere Jahre ausgehandelt. Am Ende ging er weit über sein eigentliches Regelungsziel hinaus und betraf nicht nur den ursprünglichen Klagegegenstand, sondern schuf eine umfangreiche Regelung für die Digitalisierung von Büchern durch Google, wobei auch verwaiste und vergriffene Werke umfasst worden wären.

§ 137l UrhG löst ein durch das UrhG hausgemachtes Problem. Er soll die Hebung der Archivschätze zunächst der Rundfunkanstalten ermöglichen bzw. das

Archivproblem insgesamt lösen, was nicht möglich war, weil erst mit dem Zweiten Korb das Verbot der Einräumung unbekannter Nutzungsarten durch die Streichung von § 31 Abs. 4 UrhG a.F. aufgehoben wurde. Ziel ist vor allem die Nutzbarmachung der Archivschätze für öffentliche Gedächtniseinrichtungen und damit die Allgemeinheit.

Die RLOW zielt explizit auf die Lösung des Problems der verwaisten Werke. Dieses liegt in der für die Nutzung der Werke nötigen Zustimmung des Rechtsinhabers, die bei Waisenstatus nicht eingeholt werden kann. Die RLOW zielt darauf ab, die Werke für die Öffentlichkeit nutzbar zu machen.

Die Regelungen der Wahrnehmungsbefugnis der VG Wort zielen darauf, vergriffene Werke digital nutzbar zumachen, um diese der Allgemeinheit zur Verfügung stellen zu können. § 13d UrhWahrnG soll das Außenseiterproblem lösen. Die Änderung des Wahrnehmungsvertrags zielt darauf, der Verwertungsgesellschaft auch solche Rechte ihrer Wahrnehmungsberechtigten zuzuschlagen, die aufgrund von deren Unbekanntheit bei Vertragsschluss bisher nicht eingeräumt worden sind.

II. Vergleich

Das GBS und in Teilen die Wahrnehmungsbefugnis der VG Wort unterscheiden sich in ihrer Entstehung von den übrigen Modellen. Denn § 137l UrhG, RLOW und § 13d UrhWahrnG haben eine legislative Verankerung gemeinsam. Das GBS entspringt dagegen einem gerichtlichen Vergleich. Die Einbeziehungsklausel im Rahmen von § 13d UrhWahrnG ist ebenfalls zwischen den Parteien vereinbart worden. Die RLOW und § 13d UrhWahrnG gehen auf europäische Initiativen zurück, nämlich die Digitale Agenda für Europa bzw. die „EUROPA 2020"-Initiative und das in diesem Rahmen entstandene MoU. § 137l UrhG hingegen ist eine rein deutsche Regelung, die bereits vor den europäischen Regelungen geschaffen wurde. Daraus folgt Konfliktpotential.[1273]

Die Modelle unterscheiden sich in ihrer Zielsetzung. Das GBS soll den Rechtsstreit vergleichen und darüber hinaus das Projekt Google Books ermöglichen. § 137l UrhG ist auf das Archivproblem gerichtet, während die RLOW und § 13d UrhWahrnG verwaiste bzw. vergriffene Werke zugänglich machen möchten. Das GBS berührt sowohl vergriffene als auch verwaiste Werke. Die Änderung des WV VG Wort zielt auf die Aktualisierung des Portfolios der VG Wort im Hinblick auf vormals unbekannte Nutzungsarten. Bei allen Modellen ist zuvor eine wirtschaftliche Verwertung nicht oder nicht auf gegenwärtig aktuelle Nutzungsarten möglich. Die Nutzungsmöglichkeiten liegen teilweise brach.

Alle Modelle zielen darauf ab, eine massenhafte Nutzung von Werken zu ermöglichen, ohne dabei vorher die Zustimmung des Urhebers einholen zu müssen.

[1273] Vgl. Kapitel 3, Abschnitte D.VI.2 und E.III.5.

Beim GBS hat sich Google zumindest in der Außendarstellung von vornherein auf den Standpunkt gestellt, die Nutzung der Werke falle unter die Fair-Use-Schranke, sodass keine Zustimmung nötig gewesen sei. Eindeutig ist aber, dass das Projekt Google Books bei vorheriger Einholung der Zustimmung aller Urheber nicht hätte verwirklicht werden können. Der Kern des Problems liegt also auch hier im Opt-In und den daraus folgenden prohibitiv hohen Transaktionskosten. Bei § 137l UrhG stellte sich das Archivproblem. Hier führten die für Opt-In erforderlichen Recherchekosten sogar praktisch zur Unmöglichkeit von Projekten.[1274] Das Gleiche gilt für die RLOW aufgrund der Recherche von Rechtsinhabern bei verwaisten Werken. Bei vergriffenen Werken, also bei § 13d UrhWahrnG und der Änderung des WV VG Wort, liegt das Problem nur teilweise in den Recherchekosten, weil die Rechtsinhaber leichter ausfindig gemacht werden können. Hinzu kommen Vertragskosten durch das Zustimmungserfordernis. Die Erkenntnis ist auch hier, dass vergriffene Werke in Massen nur mit Hilfe von einfacheren und kostengünstigeren Lizenzierungslösungen digital verfügbar gemacht werden können. Die Änderung des Wahrnehmungsvertrags steht vor demselben Problem im Hinblick auf die Zustimmung, denn eine Erweiterung der Wahrnehmungsverträge aller Wahrnehmungsberechtigten und Mitglieder würde einen unübersehbaren Verwaltungs- und Kostenaufwand verursachen. Zielsetzung der Verwertungsgesellschaft ist hier, ihr Portfolio an die gegenwärtigen Nutzungsarten anzupassen.

Schließlich haben alle legislativen Modelle gemeinsam, dass sie vornehmlich im Allgemeininteresse geschaffen wurden, nämlich um der Allgemeinheit Werkzugang zu Kulturgütern zu schaffen. Dagegen haben die vertraglichen Modelle vornehmlich das Ziel, ein spezifisches Problem von Google und der Wahrnehmungsberechtigten der VG Wort zu lösen. Dass auch die Allgemeinheit ein Interesse am GBS und dessen Service hat sowie von einem aktuellen Portfolio der VG Wort profitiert, ist allenfalls eine positive Nebenfolge.

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d Urh-WahrnG	Änderung WV VG Wort
Ziel	Vergleich Rechtsstreit	Lösung Archiv-problem	Nutzbarkeit verwaister Werke	Nutzbarkeit vergrif-fener Werke	Aktualisierung Portfolio VG Wort
Legislativ	NEIN	JA (D)	JA (EU)	JA (EU)	NEIN
Massennutzung	JA	JA	JA	JA	JA

[1274] Kapitel 3, Abschnitt C.I.2.c.

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d Urh-WahrnG	Änderung WV VG Wort
Transaktionskos-tenproblem	JA (Recherche)	JA (Recherche)	JA (Recherche)	JA (Recherche/ Vertragskosten)	JA (Vertragskosten)
Ausgelöst durch	Opt-In	(erneutes) Opt-In	Opt-In	Opt-In	(erneutes) Opt-In
Wirtschaftliche Verwertung findet nicht oder nicht vollumfänglich statt	JA	NEIN	NEIN	NEIN	NEIN
Allgemeininteresse	NEIN	JA	JA	JA	NEIN

B. Prüfungsparemeter II: Interessenlage

I. Kurzzusammenfassung der Befunde

Beim Google Book Settlement sind die Interessen der Urheber nicht homogen. Einige sind mit dem Settlement einverstanden, andere lehnen es kategorisch ab. Die europäischen Verlage lehnen das Modell grundsätzlich ab, während amerikanische Verlage mit Google kooperieren. Google versucht mit dem Vergleich, sein Geschäftsmodell zu erhalten, auszubauen und Strahlwirkungen auf die Suchmaschine zu vermeiden. Die Allgemeinheit hat großes Interesse an dem Service und damit am Vergleichsschluss; zugleich bestehen Befürchtungen hinsichtlich einer Monopolstellung von Google.

Bei § 137l UrhG geht es den Urhebern darum, eine Zwangsdigitalisierung ihrer Werke zu vermeiden, während die Verwerter eine möglichst weite Rechtszuordnung für die Digitalisierung anstreben und Rechtssicherheit benötigen. Die Allgemeinheit interessiert der einfache Werkzugang.

Bei der RLOW geht es den Urhebern um die Wahrung ihrer Rechte und darum, dass die Regelung einen Einzelfall im Hinblick auf das Zustimmungserfordernis darstellt und hohe Anforderungen an die Nutzungsbefugnis gestellt werden. Die Bibliotheken forderten eine Schranken- und keine Lizenzierungslösung, während die Verwerter ein Lizenzmodell forderten. Die Allgemeinheit hat Interesse am Erhalt der Werke und Zugang zu ihnen.

Bei § 13d UrhWahrnG fordern die Urheber, die zentrale Rolle bei der Verwertung zu spielen, und sind bemüht, sich eine umfangreiche Vergütung zu sichern. Über neue Verwertungsformen möchten sie mitbestimmen. Die Verwerter schließen sich dem an, um individuelle Verträge verhandeln zu können. Der Allgemeinheit liegt daran, einfachen Werkzugang zu bekommen und Werke zu erhalten.

Für die Änderung des WV VG Wort haben die Wahrnehmungsberechtigten in der Gesamtheit ein Interesse, dass die Kosten für die Organisation der Rechteverwertung gering gehalten werden. Auf der anderen Seite möchten sie individuell über die Nutzungsrechtseinräumung bestimmen. Nichts anderes gilt für die Verlage der VG Wort. Die Allgemeinheit zielt auf einen einfachen Werkzugang.

II. Vergleich

Die Interessenlage der Urheber beim Google Book Settlement ist besonders uneinheitlich und reicht von grundsätzlicher Ablehnung bis hin zu rein technischen Änderungswünschen am ASA. Kritisch sehen die Urheber die Frage, ob das Modell ihren Interessen entspricht, weil Google zur Werknutzung berechtigt werden soll. Selbiges gilt für die Allgemeinheit, die grundsätzlich kein Interesse daran hat, Werke in die Hand eines gewinnorientierten Unternehmens zu legen und diesem eine Monopolstellung zu geben, es sei denn anderenfalls gäbe es gar kein Angebot. Die vielen Einzelmeinungen von Urhebern sind auch darauf zurückzuführen, dass derartige Stellungnahmen Einzelner im Rahmen der Class Action möglich waren. Die Modelle dagegen, die im Gesetzgebungsverfahren entstanden sind, lassen im Entstehungsprozess lediglich Vertreter von Interessenverbänden zu Wort kommen, die versuchen, eine repräsentative Meinung darzustellen.

Für alle Modelle ergibt sich der Befund, dass die Urheber fordern, dass nur minimal vom Zustimmungserfordernis abgewichen wird und sie zumindest das letzte Wort behalten, wenigstens aber hohe Anforderungen für Abweichungen davon bestehen und eine angemessene Vergütung gezahlt wird. In ihrem Fokus liegen zudem immaterielle Interessen, über neue digitale Verwertungswertungsformen mitbestimmen zu können. Bei § 137l UrhG zeigt sich auch das Interesse, dass nicht nachträglich in Entscheidungen der Urheber eingegriffen werden soll, also ihr Vertrauen in die Rechtslage geschützt werden muss. Für die RLOW ergibt sich im Unterschied zu allen anderen Modellen, dass eine Lobby der betroffenen Urheber, nämlich der verwaister Werke, nicht existiert. In diesem Sinne ging es den repräsentierenden Urheberverbänden vornehmlich darum, dass eine Umgehung des Zustimmungserfordernisses nicht Schule macht.

Die Verwerter schließen sich den Positionen der Urheber weitgehend an; sie streiten in allen Modellen für Möglichkeiten, Werke überhaupt und vor allem rechtssicher auswerten zu können. Vor allem aber geht es ihnen jeweils darum, an den Einnahmen beteiligt zu werden. Beim Google Book Settlement nehmen die Verwerter eine ambivalente Position ein, da sie Google einerseits verklagten, dann aber kooperierten. Google selbst verfolgt als Verwerter individuelle Interessen, die sich von allen anderen Verwertern und Modellen unterscheiden. Die europäischen Verlage lehnten das ASA ab. Im völligen Gegensatz dazu steht, dass für die Verwertung durch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten im Rahmen von § 137l UrhG sogar ein ideelles Interesse unterstellt wird. Dies lässt sich nicht auf die übrigen Modelle übertragen. Bei RLOW fordern die Verwerter, dass die Erlöse an

die Verwertungsgesellschaften gehen. Damit werden nämlich auch sie als Wahrnehmungsberechtigte indirekt beteiligt. Auch bei § 13d UrhWahrnG forderten die Verwerter, dass die Begünstigten keinen wirtschaftlichen Nutzen ziehen dürfen. Ferner forderten die Verwerter bei den Modellen 3 und 4 eine lizenzvertragliche Lösung und die Wahrung des „Kronrechts" des Urhebers. Dennoch wurde der Gesetzentwurf zur Umsetzung der RLOW und Einführung von § 13d UrhWahrnG letztlich begrüßt. Hier ist wohl die Erkenntnis gereift, dass eine rein lizenzvertragliche Lösung für beide Problemlagen nicht zielführend ist.

Hervorzuheben ist, dass die Urheber und Verwerter in ihren Positionen teilweise Schnittmengen aufweisen. Dabei geht es vor allem darum, dass ihnen die Erlöse aus der Nutzung der Werke zugeordnet werden. Beide fordern stets eher eine Lizenzierungslösung als eine einschneidende Schranke, die einzelvertragliche Lösungen nötig machen würde.

Die Allgemeinheit fordert in allen Modellen, dass der Zugang zu den Werken in einem digitalen Format ermöglicht wird und das kulturelle Erbe so erhalten bleibt. Im Unterschied zu allen anderen Modellen wurde Google Books besonders kritisch gesehen, weil Bedenken hinsichtlich einer Monopolstellung von Google herrschten. Bei den übrigen Modellen war die Ausgestaltung kein Thema der Allgemeinheit, sondern ihr Interesse blieb auf einen einfachen und kostengünstigen Werkzugang beschränkt.

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d UrhWahrnG	Änderung WV VG Wort
Urheber	Heterogen (strikte Ablehnung bis Kooperation)	Contra (gegen Zwangsdigitalisierung)	Contra	Contra	Heterogen
Verwerter	Heterogen (wie Urheber)	Pro (Gewinn an Rechten, Rechtssicherheit)	Contra	Contra	Heterogen
Allgemeinheit	Pro (Nutzung der Dienste)	Pro (Digitalisierung/ Werkzugang)	Pro	Pro	Pro

C. Prüfungsparameter III: Regelungsgehalt und Konzeption

I. Zeitlicher Anwendungsbereich

1. *Kurzzusammenfassung der Befunde*

Der zeitliche Anwendungsbereich beim Google Book Settlement betrifft Werke, die vor dem 5.1.2009 veröffentlicht wurden; § 137l UrhG betrifft den Zeitraum zwischen dem 1.1.1966 und dem 31.12.2007. Die RLOW beinhaltet eine Stichtagsregelung und legt den 29.10.2014 fest, sowie für Film- und audiovisuelle Werke den 31.12.2002. § 13d UrhWahrnG bezieht sich auf Werke, die vor dem 1.1.1966 veröffentlicht wurden, während die Einbeziehungsklausel keine Einschränkung macht.

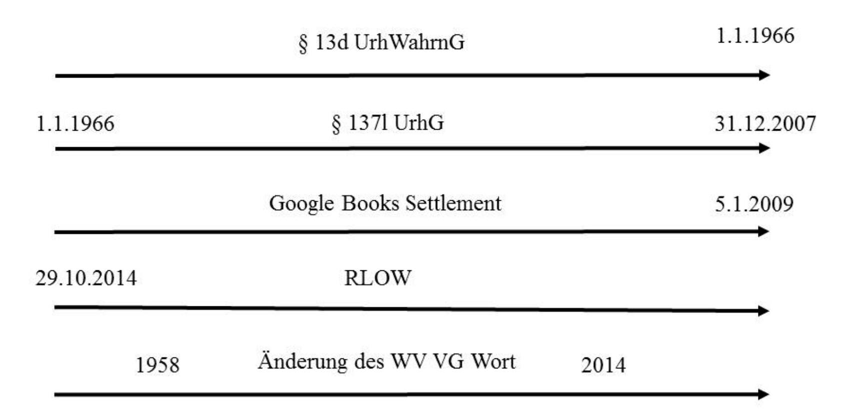
2. *Vergleich*

Es zeigt sich, dass bis auf die Einbeziehungsklausel des Wahrnehmungsvertrags alle Modelle eine Stichtagsregelung nutzen. Dabei unterscheidet sich § 137l UrhG dadurch, dass der Stichtag nicht nur für das Ende, sondern auch für den Beginn des Anwendungsbereichs festgelegt ist. Daraus folgt ein zeitlicher Korridor. Zurückzuführen ist dies auf die Lösung der speziellen Problemlage von § 137l UrhG im Anwendungsbereich des § 31 Abs. 4 UrhG a.F. Auch ist seine Stichtagsregelung deshalb von den anderen zu unterscheiden, weil der zeitliche Anwendungsbereich nicht an das urheberrechtlich geschützte Werk an sich anknüpft, sondern an eine Verfügung darüber. Entsprechend setzt der zeitliche Anwendungsbereich zwar voraus, dass in dieser Zeitspanne Urheberrechtsschutz besteht, hinzukommen muss aber eine Verfügung.

Für das Google Book Settlement, die RLOW und § 13d UrhWahrnG ist allein der Urheberrechtsschutz bis zum Stichtag entscheidend. Geht man davon aus, hat die RLOW den größten Anwendungsbereich, weil sie alle Werke mit Urheberrechtsschutz am oder nach dem 29.10.2014 erfasst. Eine Ausnahmeregelung besteht für die Archive der Rundfunkanstalten. Die dort erfassten Werke müssen bis zum Stichtag 31.12.2003 produziert worden sein. Abgesehen hiervon ist eine zeitliche Begrenzung in die Zukunft nicht enthalten. Somit können auch noch nicht geschaffene Werke erfasst werden.

Den insgesamt größten Anwendungsbereich weist dagegen die Einbeziehungsklausel der VG Wort auf. Diese ist an den Wahrnehmungsvertrag gekoppelt. Zwar wurde die VG Wort erst 1958 gegründet, sodass ihr erster Wahrnehmungsvertrag erst ab dann greifen kann. Ab diesem Zeitpunkt kann der Wahrnehmungsvertrag aber jegliche urheberrechtlich geschützten Werke erfassen. Eine zeitliche Einschränkung in Richtung Zukunft oder Vergangenheit kennt der Wahrnehmungsvertrag nicht.

Den engsten zeitlichen Anwendungsbereich weist § 13d UrhWahrnG aus. Dies ist auf den Stichtag des 1.1.1966, also den am weitesten in der Vergangenheit liegenden, zurückzuführen. Aufgrund dessen wird der Anwendungsbereich bei § 13d UrhWahrnG auch zunehmend kleiner, denn der Urheberrechtsschutz wird hier am schnellsten auslaufen.



	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d Urh-WahrnG	Änderung WV VG Wort
Stichtagsregelung	JA	JA	JA	JA	NEIN
Anknüpfung Stichtag nur an Urheberrechts-schutz	JA	NEIN	JA	JA	NEIN

II. Persönlicher Anwendungsbereich

1. *Kurzzusammenfassung der Befunde*

Der persönliche Anwendungsbereich des Google Book Settlements bezieht sich auf die Class Member und Google, Inc. Die Class Member sind dabei nur solche, die Urheber und Rechtsinhaber ausschließlicher Lizenzen von analogen Schriftwerken mit Erstveröffentlichung in den USA, Kanada, UK und Australien oder mit US-Staatsbürgerschaft oder Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt in den USA sind, sowie bei Registrierung des Werks im U.S. Copyright Office.

Bei § 137l UrhG betrifft der persönliche Anwendungsbereich zunächst Urheber und deren Rechtsnachfolger, die Verfasser wissenschaftlicher Ausgaben nach § 70 UrhG und Lichtbildner nach § 72 UrhG. Der Anwendungsbereich des § 137l UrhG setzt sich in der Lizenzkette fort.

In den persönlichen Anwendungsbereich der RLOW fallen öffentlich zugängliche Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen und Archive und im Bereich des Film- und Tonerbes tätige Einrichtungen mit Sitz in einem Mitgliedsstaat der EU. Erforderlich ist ferner ein Maß an Gemeinwohlorientierung.

Die Wahrnehmungsbefugnis des § 13d UrhWahrnG betrifft sogenannte Außenseiter. Außenseiter im Rahmen des Modells sind diejenigen, die keinen Wahrnehmungsvertrag mit der VG Wort oder VG Bild-Kunst geschlossen haben. Ferner müssen sie Rechtsinhaber von Printwerken im Bestand von bestimmten Einrichtungen sein. Der Anwendungsbereich der Einbeziehungsklausel bezieht sich nur auf Wahrnehmungsberechtigte und Mitglieder der VG Wort.

2. *Vergleich*

Alle Modelle haben gemeinsam, dass sie Urheber betreffen. Daneben finden alle Modelle Anwendung auf Rechtsinhaber abgeleiteter Rechte. Im Fall des GBS, des § 137l UrhG, der RLOW und des § 13d UrhWahrnG sind ferner Lichtbildner und Verfasser wissenschaftlicher Ausgaben betroffen. Die RLOW bezieht zusätzlich Tonträgerhersteller, Filmhersteller, Laufbildhersteller, Sendeunternehmen und Presseverleger mit ein. Die RLOW hat damit den weitesten Anwendungsbereich im Hinblick auf diejenigen, deren Rechte betroffen sind. Der Anwendungsbereich des GBS, des § 137l UrhG und des § 13d UrhWahrnG ist diesbezüglich dem Grunde nach gleich. § 13d UrhWahrnG setzt aber ferner voraus, dass die betroffenen Urheber, Leistungsschutzberechtigten oder Rechtsinhaber Außenseiter sind, also keinen Wahrnehmungsvertrag abgeschlossen haben. Aufgrund des geringen Schutzniveaus im Urheberrecht und der großen Zahl halbprofessioneller Autoren, gerade im Internet, besteht hier ein immer größer werdendes Potential an Betroffenen. Den geringsten Anwendungsbereich Betroffener hat die Einbeziehungsklausel des WV VG Wort, da sie einen Wahrnehmungsvertrag mit der VG Wort voraussetzt.

Im Unterschied zu allen anderen Modellen folgt der persönliche Anwendungsbereich des GBS primär aus prozessrechtlichen Normen und sekundär aus dem ASA. Der Bezug zum Urheberrecht kommt durch einen Verweis auf den 17 U.S.C. zustande. Voraussetzung ist zunächst, dass es sich um Class Member handelt, was ein prozessualer Begriff ist. Dieser wird mit dem Verweis ausgefüllt. Bei § 137l UrhG folgt der persönliche Anwendungsbereich dagegen aus der Norm selbst bzw. aus dem UrhG. Teilweise muss die Norm für die genaue Bestimmung ausgelegt werden. Dagegen ist bei der RLOW ein Rückschluss der Betroffenen aus den erfassten Werkkategorien zu ziehen. Gleiches gilt für § 13d UrhWahrnG. Für die Einbeziehungsklausel folgt die Betroffenheit daraus, dass der WV VG Wort nur im Wahrnehmungsbereich der VG Wort abgeschlossen wird, sich also auf die sechs Berufsgruppen der VG Wort beschränkt.

Auf der Seite des Begünstigten steht beim GBS nur Google. Auch die Einbeziehungsklausel im Wahrnehmungsvertrag der VG Wort begünstigt lediglich die

VG Wort. Diese beiden Modelle haben damit nur einen einzigen Begünstigten. § 13d UrhWahrnG betrifft bereits zwei Begünstigte, nämlich die VG Wort und die VG Bild-Kunst. Bei der RLOW hingegen sind diverse Einrichtungen begünstigt, die sich nicht ohne Weiteres ermitteln lassen; sie sind zu zahlreich. § 137l UrhG begünstigt ebenfalls eine unbestimmte Anzahl, nämlich all diejenigen Verwerter, die mit dem Urheber oder Rechtsinhaber einen Vertrag mit ausschließlichen räumlichen und zeitlichen Lizenzen getroffen haben. Der Personenkreis der Begünstigten ist hier noch größer als bei den übrigen Modellen.

Die Begünstigten der RLOW, des § 13d UrhWahrnG und der Einbeziehungsklausel haben gemeinsam, dass sie nicht gewinnorientiert sind. Dies unterscheidet sie grundsätzlich von Google und den durch § 137l UrhG privilegierten Verwertern. Zu berücksichtigen ist aber, dass die Verwertungsgesellschaften Treuhänder der Urheber und Rechtsinhaber sind. Ihr originärer Zweck besteht daher darin, den Urhebern Einnahmen zu verschaffen, was einer Gewinnorientierung nahe kommt. Satzungsmäßig sind die Verwertungsgesellschaften allerdings nicht gewinnorientiert, sondern gemeinnützig.[1275] Dennoch besteht ihre Existenzberechtigung darin, Lizenzeinnahmen zu erzielen und diese an die Mitglieder und Wahrnehmungsberechtigten auszuschütten. Die von der RLOW begünstigten Institutionen hingegen müssen gemeinwohlorientiert und öffentlich zugänglich sein. Eine Ähnlichkeit zu § 13d UrhWahrnG und der Einbeziehungsklausel ist hier darin zu sehen, dass die privilegierten Verwertungsgesellschaften aufgrund von § 11 UrhWahrnG jedermann die Möglichkeit zum Lizenzerwerb geben müssen. Eine Differenzierung des letztlichen Nutzerkreises schließen diese drei Modelle aus. Ganz anders verhält es sich beim GBS und § 137l UrhG. Beim GBS kann aufgrund der prozessualen Gegebenheiten kein Dritter Lizenzen nach dem ASA erhalten, und beim §137l UrhG liegt dies in der Verfügungsfreiheit des Begünstigten.

Schließlich haben die RLOW und § 13d UrhWahrnG gemeinsam, dass sie letztlich dieselben Institutionen zur Auswertung privilegieren. Die RLOW nennt diese Institutionen ausdrücklich. Bei § 13d UrhWahrnG ergibt sich die Privilegierung aus der Beschränkung der Nutzung zu nicht-gewerblichen Zwecken. Die Absicht, gerade diese Institutionen zu privilegieren, ergibt sich aus diesem Merkmal und daraus, dass diese Einrichtungen an anderer Stelle genannt sind. Bei beiden Regelungen ist letztlich aber auch eine Auswertung durch Private möglich, soweit sie nicht der Gewinnerzielung dient, weil die RLOW eine Public-Private-Partnership zulässt. Im Gegensatz dazu ist es bei § 137l UrhG und der Einbeziehungsklausel gerade Sinn und Zweck, das jeder Dritte die Rechte kommerziell verwerten kann.

[1275] Vgl. § 1 Abs. 4 Satzung VG Wort.

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d Urh-WahrnG	Änderung WV VG Wort
Betroffener	Urheber, Lichtbildner, Verfasser wiss. Ausgaben, Presseverleger und Rechtsinhaber	Urheber, Lichtbildner und Verfasser wiss. Ausgaben, Tonträgerhersteller, Presseverleger und Rechtsinhaber ausschließlicher Lizenzen	Urheber, Tonträgerhersteller, Filmhersteller, Laufbildhersteller, Sendeunternehmen, Presseverleger oder Rechtsinhaber	Urheber, Lichtbildner, Verfasser wiss. Ausgaben, Presse-verleger und Rechtsinhaber ohne WV	Wahrnehmungsberechtigte und Mitglieder der VG Wort
Begünstigter	Google, Inc.	Ursprünglicher Verwerter	„Einrichtungen" mit Sitz in EU-Mit-gliedsstaaten	VG Wort, VG Bild-Kunst	VG Wort
Anwendungsbereich folgt aus	FRCP, ASA	UrhG	Erfasster Werkkategorie	Erfasster Werkkategorie	Wahrnehmungsbereich VG Wort
Gewinnorientiert	JA	JA	NEIN	NEIN	NEIN
Gemeinwohlorientiert	NEIN	NEIN	JA	NEIN	NEIN
Lizenzerwerb f. Dritte möglich	NEIN	JA	JA	JA (ausdrücklich)	JA
Gewinnerzielung f. Dritte möglich	./.	JA	NEIN	NEIN	JA

III. Räumlicher Anwendungsbereich

1. *Kurzzusammenfassung der Befunde*

Das Google Book Settlement macht eine Einschränkung hinsichtlich seiner territorialen Anwendbarkeit auf das Gebiet der USA. Die RLOW enthält eine ausdrückliche Beschränkung durch die Voraussetzungen eines in der EU bestehenden Urheberrechtsschutz sowie die Anküpfung an die erstmalige Veröffentlichung in der EU. Das Territorialisätsprinzip wird hier gewahrt. Der räumliche Anwendungsbereich folgt aus den erfassten Werken, also dem sachlichen Anwendungsbereich. § 137l UrhG erfasst räumlich nach dem Urheberrechtsstatut nur die Bundesrepublik Deutschland. Das Gleiche gilt für § 13d UrhWahrnG aufgrund des Wahrnehmungsgesetzes selbst. Die Änderung des WV VG Wort erstreckt sich auf das Tätigkeitsgebiet der VG Wort, d.h. das Bundesgebiet.

2. *Vergleich*

Eine ausdrückliche Beschränkung des räumlichen Anwendungsbereichs als solchen enthält nur das GBS. § 137l UrhG und § 13d UrhWahrnG regeln den räumlichen Anwendungsbereich selbst nicht oder zumindest nicht ausdrücklich. Bei ihnen ergibt er sich schlicht aus dem Urheberrechtsstatut und dem Territorialitätsprinzip. Die RLOW wahrt das Territorialitätsprinzip ebenfalls durch die explizite Anknüpfung an Urheberrechtsschutz und Veröffentlichung in der EU. Die Begrenzung des WV VG Wort folgt ebenfalls aus dem Territorialitätsprinzip und dem Erlaubnisbescheid der VG Wort. Für die Modelle § 137l UrhG, § 13d UrhWahrnG und die Änderung des WV VG Wort sind damit Prinzipien des IPR entscheidend. Diese führen stets zu einem Anwendungsbereich Deutschland. Alle Modelle haben damit gemeinsam, dass sich das Territorialitätsprinzip zumindest teilweise durchsetzt. Die deutschen Modelle § 137l UrhG, § 13d UrhWahrnG und die Änderung des WV VG Wort haben gemeinsam, dass der räumliche Anwendungsbereich nicht in den Modellen selbst definiert ist, sondern sich aus dem IPR ergibt.

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d UrhWahrnG	Änderung WV VG Wort
Räuml. Anwendungsbereich	USA	Deutschland	EU	Deutschland	Deutschland
Beschränkung durch	Definition im ASA	Urheberrechtsstatut	Territorialitätsprinzip	Territorialitätsprinzip	Territorialitätsprinzip, Erlaubnisbescheid

IV. Sachlicher Anwendungsbereich

1. *Kurzzusammenfassung der Befunde*

Der sachliche Anwendungsbereich des GBS erstreckt sich auf analoge, in Papier gebundene Schriftwerke, periodische Druckerzeugnisse, persönliche Schriften und beim Copyright Office registrierte selbständige geschützte Texte, Tabellen und Graphen. § 137l UrhG ist werkneutral ausgestaltet. Die Werkart spielt dort also keine Rolle. Die RLOW erfasst Sprachwerke, Film- und audiovisuelle Werke und eingebettete Werke bei Bestandsakzessorietät. In den sachlichen Anwendungsbereich von § 13d UrhWahrnG fallen Printwerke im Bestand von öffentlich zugänglichen Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen, Archiven und von im Bereich des Tonerbes tätigen Einrichtungen. Von der Einbeziehungsklausel des WV VG Wort sind Sprachwerke und Darstellungen wissenschaftlicher und technischer Art einschließlich entsprechender Lichtbildwerke (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG) und

Lichtbilder (§ 72 UrhG), die vom Verfasser des Sprachwerkes für dieses geschaffen sind, erfasst.

2. *Vergleich*

Der sachliche Anwendungsbereich aller Modelle erfasst Sprachwerke in analoger Form. Die Ausgestaltung des Anwendungsbereichs ist dabei unterschiedlich präzise. Das GBS gibt durch die Definitionen von Books und Inserts sehr genau vor, welche Art Sprachwerke erfasst sind. Im Gegensatz zu den übrigen Modellen schließt das GBS ausdrücklich nur analoge Schriftwerke ein. Zudem schließt das GBS einige Werke explizit aus. Darunter fallen periodische Druckerzeugnisse. Diese sind von allen anderen Modellen erfasst. Das Gleiche gilt für Fotografien und Illustrationen, die in den analogen Sprachwerken enthalten sind. Die § 137l UrhG, RLOW, § 13d UrhWahrnG und die Einbeziehungsklausel erfassen diese Kategorie. Dabei ist die Art und Weise, wie dies geschieht, ganz unterschiedlich. § 137l UrhG erfasst sie aufgrund der Werkneutralität und der Auslegung. Dagegen nimmt die RLOW ausdrücklich sogenannte eingebettete Werke in ihren Anwendungsbereich auf. Diese sind gewissermaßen untrennbarer Teil des Hauptwerks, das die RLOW sachlich erfasst. § 13d UrhWahrnG erfasst diese Werke ebenfalls. Die Anwendung erstreckt sich hier auch auf diese Werke, weil sie nicht bestimmte Werkkategorien umfasst, sondern von den Medien, in denen diese verbreitet wurden, ausgeht. Eine vergleichbare Anknüpfung an das Trägermedium nimmt die RLOW für Tonträger vor. Hintergrund ist dabei, dass dort ganz unterschiedliche Werkkategorien verkörpert sein können.

Die RLOW erfasst im Gegensatz zu allen anderen Modellen auch Film- und audiovisuelle Werke. Trotz seiner werkneutralen Ausgestaltung erfasst § 137l UrhG diese Werke nicht, weil die Norm nicht auf das Leistungsschutzrecht des Filmherstellers angewandt wird. Ferner ist die Bestandsakzessorietät der RLOW hervorzuheben, die nur in diesem Modell existiert. Hierin liegt eine Verknüpfung des sachlichen und des persönlichen Anwendungsbereichs. Eine Besonderheit des GBS ist darin zu sehen, dass manche Werke erst dann erfasst werden, wenn sie beim Copyright Office registriert sind.

§ 137l UrhG und die Änderung des Wahrnehmungsvertrags haben gemeinsam, dass sich ihr sachlicher Anwendungsbereich erst durch Auslegung ergibt, weil sie keine Definition oder sonstige Angaben enthalten. Vielmehr muss für § 137l UrhG und für die Einbeziehungsklausel der Sachzusammenhang beachtet werden. Dieser ergibt sich bei § 137l UrhG aus der historischen Gesetzeslage und bei der Einbeziehungsklausel letztlich aus der Satzung der VG Wort.

Für die RLOW und § 13d UrhWahrnG ist ferner erforderlich, dass es sich um Werke im Bestand der privilegierten Einrichtungen handelt. Die Regelungen knüpfen daher an den Bestand dieser Einrichtungen an, während die übrigen Modelle völlig unabhängig vom Verbleib gewisser Werkstücke agieren. Der sachliche Anwendungsbereich ist damit bei diesen Regelungen weiter. Im Hinblick auf die

erfassten Werkbestände unterscheidet sich die RLOW von § 13d UrhWahrnG nur insoweit, als sie bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht nur an deren Bestand anknüpft, sondern zusätzlich voraussetzt, dass diese die Werke auch produziert haben. § 13d UrhWahrnG spricht nicht explizit von Rundfunkanstalten, sondern nennt im Bereich des Tonerbes tätige Einrichtungen, wozu auch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten zählen.

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d UrhWahrnG	Änderung WV VG Wort
Werkkategorie	Analoge, in Papier gebundene Schriftwerke; periodische Druckerzeugnisse; persönliche Schriften und selbständige geschützte Texte; Tabellen und Graphen, soweit beim Copyright Office registriert (nicht: Fotografien, Illustrationen, Karten, Bilder und Notensätze) (Entspricht: § 2 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 7 UrhG)	Werkneutral ausgestaltet (§ 2 Abs. 1 UrhG)	Sprachwerke; Film- und audiovisuelle Werke und Tonträger; Film- oder audiovisuelle Werke und Tonträger, die von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten produziert wurden; Eingebettete Werke im Bestand der Einrichtungen. (Entspricht: § 2 Abs. 1 UrhG)	Printwerke im Bestand von öffentlich zugänglichen Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen, Archiven und von im Bereich des Tonerbes tätigen Einrichtungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4, 5, 7 UrhG)	Sprachwerke und Darstellungen wissenschaftlicher und technischer Art, einschließlich entsprechender Lichtbildwerke (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG) und Lichtbilder (§ 72 UrhG), die vom Verfasser des Sprachwerkes für dieses geschaffen sind (§ 2 Abs 1 Nr. 1, 4, 5, 7 UrhG)

V. Nutzungsrechte

1. *Kurzzusammenfassung der Befunde*

Beim GBS erhält Google Nutzungsrechte, um seine Services im Rahmen von Google Books aufrechtzuerhalten. Es handelt sich dabei im Wesentlichen um Nutzungsrechte für die technische Auswertung der gescannten Werke, deren Vervielfältigung, öffentliche Wiedergabe und sogar die Verbreitung digitaler Vervielfältigungen. Der Nutzungsumfang ist davon abhängig, ob ein Werk im Handel

verfügbar ist, wobei Google eine Recherche nach gewissen Parametern durchführt. Den Umfang bestimmt Google dabei selbst. Die Rechtseinräumung selbst kommt durch das Class Action Settlement zustande. Eine zeitliche oder gebietsmäßige Einschränkung der Nutzungsrechte gibt es nicht.

Die Norm des § 137l UrhG legt die Nutzungsrechte, die mit der Übertragungsfiktion auf den ursprünglichen Rechtsinhaber übergehen, nicht fest. Diese sind vielmehr durch Auslegung zu ermitteln. Der Umfang hat dem ursprünglichen Vertrag qualitativ und quantitativ zu entsprechen. Ausschließliche Nutzungsrechte werden nicht eingeräumt. Die Einräumung ist zeitlich, nicht aber territorial auf Deutschland begrenzt.

Im Rahmen der RLOW sind allgemein das Recht der Vervielfältigung und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung betroffen. Die Vervielfältigung ist dabei auf gewisse Zwecke beschränkt, die darauf gerichtet sind, die öffentliche Zugänglichmachung analoger Werke in digitalem Format zu ermöglichen. Die RLOW betont außerdem, dass die Nutzung den gemeinwohlorientierten Zwecken der Einrichtungen dienen muss. Es besteht eine strikte Bestandsakzessorietät. Das Kostendeckungsprinzip ist zu beachten. Der Nutzung haben eine umfangreiche Recherche und deren Dokumentation vorauszugehen. Ferner ist eine Registrierung des Werkes beim HABM erforderlich. Eine zeitliche Begrenzung der Nutzungsrechtseinräumung gibt es nicht. Gebietsmäßig ist die Nutzung auf Institutionen mit Sitz in einem EU-Mitgliedsstaat beschränkt. Daraus folgt eine Beschränkung der Nutzungsrechte auf das Territorium der EU.

Die Wahrnehmungsbefugnis des § 13d UrhWahrnG erfasst das Recht der Vervielfältigung und öffentlichen Zugänglichmachung. Der Nutzungsumfang ist auf die Wahrnehmung durch die Verwertungsgesellschaft gerichtet. Die Nutzung darf nur zu nicht-gewerblichen Zwecken erfolgen. Ferner ist erforderlich, dass die Verwertungsgesellschaft einen Antrag beim DPMA auf Eintragung des Werks in das Register vergriffener Werke stellt.

Bei der Änderung des Wahrnehmungsvertrags sind die Nutzungsarten nicht benannt, denn sie zielt gerade darauf ab, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbekannte Nutzungsarten zu erfassen. Diese werden Gegenstand des Wahrnehmungsvertrags der VG Wort, d.h. ihr zur treuhänderischen Wahrnehmung übertragen. Der Mechanismus setzt voraus, dass der Wahrnehmungsberechtigte über den Rechtsübergang informiert wird.

2. *Vergleich*

Bis auf die Änderung des WV VG Wort haben alle Modelle gemeinsam, dass sie das Recht zur Vervielfältigung im Hinblick auf die Digitalisierung analoger Werke und das Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung betreffen. Im Unterschied zu allen anderen Modellen betrifft das GBS auch das Verbreitungsrecht für digitale Kopien von Werken und setzt einen Schwerpunkt auf die Möglichkeit der technischen Auswertung von digitalen Kopien. § 137l UrhG und die Änderung des WV

VG Wort haben gemeinsam, dass die erfassten Rechte nicht von vorherein festgelegt sind und es für beide Regelungen um die Erfassung vormals unbekannter Nutzungsarten geht.

Die Möglichkeit der Nutzung ergibt sich bei den Modellen aus ganz unterschiedlichen Regelungen. Beim GBS folgt aus dem ASA eine Lizenz. § 137l UrhG enthält dagegen eine gesetzliche Übertragungsfiktion, die ebenfalls zu einem abgeleiteten Rechtserwerb führt. Dagegen setzt die Nutzungsmöglichkeit der RLOW den Waisenstatus des Werks voraus. Bei § 13d UrhWahrnG folgt die Nutzungsrechtseinräumung aus der Wahrnehmungsvermutung, und bei der Änderung des WV VG Wort aus der Einbeziehungsklausel selbst.

Die Nutzungsrechtseinräumung bzw. Nutzungsmöglichkeit[1276] ist im Falle der RLOW und auch bei § 13d UrhWahrnG von einer Recherche nach dem Rechtsinhaber abhängig. Die Anforderungen der Recherche unterscheiden sich. Bei der RLOW sind die Anforderungen dezidiert festgelegt. Bei § 13d UrhWahrnG ergibt sich die Anforderung, dass überhaupt eine Recherche durchgeführt werden muss, lediglich aus der Auslegung des Gesetzes. Der Umfang ist hier unbestimmt. Beim GBS hätte für das Recht der Vervielfältigung die bloße Eigenschaft als Class Member des Rechtsinhabers des betroffenen Werks genügt, während für das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung und die Verbreitung darüber hinaus auch eine Recherche nötig ist, ob das Werk noch lieferbar ist. Die Anforderung ist hier deckungsgleich mit dem Begriff des vergriffenen Werks aus § 13d UrhWahrnG. Bei § 137l UrhG ist nach der Intention des Gesetzgebers keine Recherche nötig. Praktisch aber ist eine rechtssichere Nutzung auch hier nur bei einer Recherche möglich. Anderenfalls kann nicht ausgeschlossen werden, dass § 137l Abs. 1 S. 4 UrhG greift.

In ihren Details unterscheiden sich die verschiedenen Rechercheformen. Im Falle des § 13d UrhWahrnG ist nach Auslegung der h.M. nur das Verzeichnis lieferbarer Bücher zu durchsuchen. Das Gesetz selbst stellt keine derartigen Anforderungen. Im Falle des GBS sind öffentlich zugängliche Quellen und das Internet zu nutzen. Die RLOW legt einen ganzen Katalog an Verzeichnissen fest, die durchsucht werden müssen. Sie enthält damit die höchsten Anforderungen. Für das GBS ist bemerkenswert, dass Google den Umfang der Recherche selbst bestimmen kann. Der Bock wird hier zum Gärtner gemacht. Die geringsten Rechercheanforderungen stellt § 13d UrhWahrnG. Dieser ist insofern vergleichbar mit dem GBS, als auch das GBS mit dem Begriff „Commercially Available" den Nutzungsumfang der Lizenz von der Frage abhängig macht, ob das Werk noch lieferbar ist. § 137l UrhG und die Änderung des Wahrnehmungsvertrags stellen keine Rechercheanforderungen.

[1276] Zur Unterscheidung kommt es darauf an, ob das Modell als Schranke oder als Nutzungsrechtseinräumung zu klassifizieren ist, vgl. dazu die Kapitel zur dogmatischen Einordnung und unten stehenden Vergleich dazu.

§ 137l UrhG knüpft an den ursprünglichen Vertrag zwischen Urheber und Rechtsinhaber bzw. zwischen zwei Rechtsinhabern an. Es muss also ein vertragliches Band zwischen beiden bestehen, das aufgrund der Tatbestandsvoraussetzung auch besonders belastbar sein muss. Selbiges gilt für die Einbeziehungsklausel, da auch hier der Wahrnehmungsvertrag die Parteien verbindet. Hier ist die Verknüpfung noch enger als bei § 137l UrhG, weil die Klausel selbst in diesem enthalten ist und die vertragliche Beziehung nicht erst voraussetzt. Für das GBS gilt im Hinblick auf die Vervielfältigung ebenfalls, dass eine vertragliche Beziehung bestehen muss, nämlich das Google Book Settlement bzw. ASA. Im Unterschied zu § 137l UrhG und der Änderung des WV VG Wort ist das Band zwischen Rechtsinhaber und Google aber am schwächsten. Das Settlement beruht nicht auf rechtsgeschäftlicher Vereinbarung, sondern entfaltet seine Wirkung durch den Res-iudicata-Effekt.

Eine Benachrichtigung des Rechtsinhabers für die Nutzungsrechtseinräumung bzw. Nutzungsbefugnis enthalten alle Modelle, aber in jeweils unterschiedlicher Ausprägung. Beim GBS setzt bereits der FRCP eine möglichst zweckdienliche öffentliche Bekanntmachung voraus. Für die Nutzungsrechte der öffentlichen Zugänglichmachung und der Verbreitung muss Google die Registry informieren, ohne dass dies Voraussetzung für die Nutzungsbefugnis ist. Eine ähnliche öffentliche Bekanntmachung enthält die RLOW und auch § 13d UrhWahrnG. Bei der RLOW ist eine Dokumentation des Rechercheergebnisses an die zuständige nationale Behörde weiterzuleiten. Auch hier ist dies nicht Voraussetzung für die Nutzung. Anders ist dies bei § 13d UrhWahrnG. Hier müssen nach Antrag auf Eintragung und Bekanntmachung sechs Wochen vergehen, bis genutzt werden darf. Dies ähnelt der Änderung des Wahrnehmungsvertrags. Auch da müssen sechs Wochen nach Bekanntmachung abgewartet werden, bis genutzt werden kann. Allerdings wird der Wahrnehmungsberechtigte hier individuell und nicht nur über das Internet informiert. Eine individuelle Information über die Nutzungsaufnahme enthält auch § 137l UrhG, soweit es unbekannte Nutzungsarten betrifft, die erst nach Einführung des Zweiten Korbs bekannt werden. Hier müssen drei Monate verstreichen, bis genutzt werden kann.

Der Nutzungsumfang ist bei den Modellen – unabhängig von den eingeräumten Rechten – teilweise beschränkt. Beim GBS sind die Nutzungsmöglichkeiten überaus zahlreich und differenziert. Hingegen bestehen bei der RLOW diverse Einschränkungen im Hinblick auf den Zweck der Vervielfältigung. Für die Nutzungsrechte ist eine Gemeinwohlorientierung nötig. Aufgrund des Kostendeckungsprinzips dürfen keine Gewinne erzielt werden. Bei § 13d UrhWahrnG erfolgt eine solche Begrenzung ebenfalls durch das Erfordernis der Verfolgung nicht-gewerblicher Zwecke. Die RLOW ist damit noch enger auf den Zweck des Erhalts des kulturellen Erbes gerichtet als auf die Möglichkeit, den Zugang zu diesem herzustellen. Bei § 137l UrhG und den von der Änderungsklausel erfassten Nutzungsrechten gibt es keine Beschränkungen der Nutzung. Eine zeitliche Be-

schränkung der Nutzungsrechte enthält kein Modell. Schließlich ist die Nutzungsmöglichkeit nur beim GBS und der RLOW nicht auf das Gebiet Deutschlands begrenzt. Beide Modelle enthalten eine räumliche Beschränkung auf die USA bzw. die EU.

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d UrhWahrnG	Änderung WV VG Wort
Betroffene Rechte	Nutzungsrechte für Google zum Data- und Text-Mining, Kopieren und zur öffentlichen Wiedergabe und Verbreitung digitaler Kopien und zum Zugang für Bildungseinrichtungen	Vormals unbekannte Nutzungsarten, Zeitpunkt des ursprünglichen Vertragsschlusses maßgeblich	Öffentliche Zugänglichmachung und Vervielfältigung	Öffentliche Zugänglichmachung und Vervielfältigung	Alle unbekannten Nutzungsarten zum Zeitpunkt des Abschlusses des Wahrnehmungsvertrags
Nutzungsrecht folgt aus	Class Action Settlement	Übertragungsfiktion	Waisenstatus	Wahrnehmungsbefugnis	Einbeziehungsklausel
Voraussetzungen	Class-Member-Eigenschaft	Übertragung aller wesentlicher Nutzungsrechte, räumlich und zeitlich unbeschränkt	Umfassende Recherche	Werk vergriffen, Registrierung im Register nötig	Nach Zeitablauf von 6 Wochen nach Erhalt der Benachrichtigung über die Änderung der Wahrnehmungsbefugnis für VG Wort für jeweilige Nutzungsart
Umfang	Nutzungsumfang entscheidet sich nach Recherche, ob Werk im Handel verfügbar ist; Recherche erfolgt mittels öffentlich zugänglicher Informationen in Datenbanken Dritter in USA, Kanada, UK und	Umfang und Art sind am ursprünglichen Vertrag auszurichten; nur einfache Nutzungsrechte, die dem ursprünglichen Vertrag qualitativ und quantitativ entsprechen	Vervielfältigung begrenzt auf Digitalisierung, Zugänglichmachung, Indexierung, Katalogisierung, Bewahrung oder Restaurierung; strikte Gemeinwohlorientierung; Kostendeckungsprinzip	Nutzung nur zu nicht-gewerblichen Zwecken	Treuhänderische Wahrnehmung der VG Wort

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d Urh-WahrnG	Änderung WV VG Wort
	Australien und im Internet				
Bekanntmachung der Nutzung/ Nutzungsrechts-einräumung	JA Benachrichtigung nach FRCP und Eintragung des Status bei Registry	Teilweise Individuelle Benachrichtigung	JA Dokumentation und Sendung an staatliche Stelle nötig	JA Bekanntmachung im Internet	JA Individuelle Benachrichtigung
Zeitliche Begrenzung der Nutzungsrechtseinräumung	NEIN	NEIN	NEIN	NEIN	NEIN
Territoriale Begrenzung	USA	Deutschland	EU	Deutschland	Deutschland

VI. Kollektivierung

1. *Kurzzusammenfassung der Befunde*

Mit dem GBS sollte die sogenannte Books Rights Registry geschaffen werden. Diese sollte die Rechte aller vom GBS Betroffenen verwalten, ohne dass eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung oder gar ein Wahrnehmungsvertrag mit ihr besteht. Bei verwaisten Werken wären Einnahmen von der zu schaffenden Unclaimed Works Fiduciary verwaltet worden. Die Registry hätte auch Rechte verwaltet, die der Erstverwertung zuzurechnen sind, nämlich der Verkauf von E-Books. Im ASA vorgesehen, aber aufgrund des Prozessrechts nicht möglich, ist die Lizenzvergabe an Dritte. Für sie gilt Opt-In. Die Preisfestsetzung für den Zugang zu den digitalisierten Büchern, soweit eine solche notwendig ist, erfolgt algorithmisch. Rechtsinhaber können aber individuelle Preise festlegen. Die Verteilung der Einnahmen erfolgt teilweise nach Verteilungsplan und teilweise individuell.

Bei § 137l UrhG ist nur der Anspruch auf gesonderte angemessene Vergütung gegenüber dem Begünstigten verwertungsgesellschaftspflichtig. Eine Beschränkung auf eine bestimmte Verwertungsgesellschaft existiert aufgrund der Werkneutralität des § 137l UrhG nicht. Da nur der Anspruch verwertungsgesellschaftspflichtig wird, erfolgt keine Wahrnehmung von Rechten oder Lizenzvergabe an Dritte. Rechte, aus denen der verwertungsgesellschaftspflichtige Anspruch folgt, können der Erstverwertung zuzuordnen sein. Die Preisfestsetzung geschieht durch Tarif und die Ausschüttung nach Verteilungsplan.

Bei der RLOW erfolgt keine Kollektivierung. Die Werknutzung ist hier aber ebenfalls tripolar ausgestaltet, nämlich dadurch, dass die privilegierten Einrichtungen die Nutzung für die Konsumenten ermöglichen. Sie sind dabei auch Anspruchsgegner für Zahlungsansprüche der Rechtsinhaber und müssen dafür Kapital einplanen. Belastet werden damit wohl die öffentlichen Haushalte.

Bei § 13d UrhWahrnG findet eine Kollektivierung wie bei Abschluss eines Wahrnehmungsvertrags statt. Das Modell betrifft dabei die VG Wort und die VG Bild-Kunst. Mit diesen besteht im Rahmen des Modells aber gerade keine rechtsgeschäftliche Beziehung, insbesondere nicht in Form eines Wahrnehmungsvertrags. Beide nehmen treuhänderisch Rechte wahr und können diese an Dritte lizenzieren. Mit der Wahrnehmungsvermutung treten die Verwertungsgesellschaften in den Bereich der Erstverwertung ein. Die Preisfestsetzung erfolgt nach der allgemeinen Regel in Verteilungsplan und Tarif.

Bei der Änderung des Wahrnehmungsvertrags findet ebenfalls eine Kollektivierung im Hinblick auf die von der Einbeziehungsklausel erfassten Rechte statt. Aufgrund des schon bestehenden Wahrnehmungsvertrags hat bereits ein Rechtsgeschäft mit der VG Wort stattgefunden. Das Modell folgt also den üblichen Spielregeln der kollektiven Verwertung.

2. Vergleich

Aus der Kurzzusammenfassung ergibt sich der Befund, dass bis auf die RLOW alle Modelle eine Kollektivierung beinhalten. Doch selbst bei der RLOW kann man in gewissem Sinne von einer Kollektivierung sprechen. Dies ist zwar keine klassische Kollektivierung im urheberrechtlichen Sinn, bei der die Rechte durch eine Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden. Hier erfolgt die Kollektivierung vielmehr in einem eher untechnischen Sinn: Die Werke werden der Allgemeinheit über gemeinwohlorientierte Einrichtungen verfügbar gemacht. Der entscheidende Unterschied ist dabei, dass die Einrichtungen zum Wohle der Allgemeinheit Werke bereitstellen, daraus gewonnene Einnahmen müssen sie aber nicht kollektiv an die Rechtsinhaber ausschütten, sondern dürfen sie nur zur Kostendeckung nutzen.

Im Hinblick auf die beteiligten Institutionen ergibt sich, dass bei § 137l UrhG, § 13d UrhWahrnG und aus der Natur der Sache auch bei ihrem eigenen Wahrnehmungsvertrag die VG Wort beteiligt ist. Nur bei § 137l UrhG kann jegliche in Deutschland tätige Verwertungsgesellschaft betroffen sein. § 13d UrhWahrnG betrifft zusätzlich zur VG Wort die VG Bild-Kunst. Für das GBS wäre die Institution, die die Kollektivierung abwickelt, erst noch einzurichten gewesen. Insgesamt ergibt sich, dass alle Modelle unterschiedliche Institutionen für die Kollektivierung nutzen.

Eine vorherige rechtsgeschäftliche Vereinbarung mit der vom Modell genutzten Institution ergibt sich bei der Änderung des WV VG Wort, zudem aber auch bei § 137l UrhG, da auch hier durchaus eine Wahrnehmungsberechtigung beste-

hen kann. Im Gegensatz dazu ist das Fehlen einer solchen Vereinbarung bei § 13d UrhWahrnG Kern des Problems.

Eine Wahrnehmung von Rechten ergibt sich lediglich bei § 137l UrhG nicht. Hier wird nur der Zahlungsanspruch auf angemessene Vergütung gegen einen zur Nutzung Berechtigten kollektiviert. Das GBS und seine Registry bilden einen Sonderfall der Kollektivierung, weil sie primär zwischen den Rechtsinhabern und Google positioniert sind und nicht zwischen den Rechtsinhabern und allen anderen an der Nutzung Interessierten. Letztere können nur bei rechtsgeschäftlicher Einräumung der Rechtsinhaber Rechte von dieser erwerben.

Bemerkenswert ist, dass bei allen Modellen Rechte betroffen sind, die der Erstverwertung zugeordnet werden können. Dies gilt z. B. für die Möglichkeit, Bücher als E-Books zu vertreiben, wenn auch nicht bei allen Modellen zu kommerziellen Zwecken. Die ist insofern problematisch, als die Preisfestsetzung mit Ausnahme des GBS nicht individuell festgelegt wird, sondern einem Tarif folgt, genauso wie sich die Ausschüttung nach einem Verteilungsplan richtet. Individuelle Besonderheiten können im Rahmen der Kollektivierung nicht berücksichtigt werden. Anders ist dies aufgrund der technischen Möglichkeiten nur im Rahmen des GBS, weil die Nutzung der Werke hier allein digital erfolgt. Eine algorithmische Preisfestsetzung und Nutzungsmessung ist nur hier möglich.

Schließlich ermöglichen bis auf § 137l UrhG alle Modelle über die Kollektivierung, dass die Allgemeinheit Werkzugang erhält. Bei § 137l UrhG ist dies mangels Auswertungspflicht für den Berechtigten nicht der Fall.

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d UrhWahrnG	Änderung WV VG Wort
Kollektivierung	JA	JA (Anspruch auf angemessene Vergütung)	NEIN	JA	JA
Beteiligte Institutionen	Books Rights Registry, Unclaimed Works Fiduciary für Orphan Works	Alle Verwertungsgesellschaften	Private Einrichtungen	VG Wort, VG Bild-Kunst	VG Wort
Rechtsgeschäft mit VG/WV	NEIN	Evtl.	./.	NEIN	JA
Wahrnehmung von Rechten	JA	NEIN	./.	JA	JA
Lizenzvergabe an Dritte	NEIN, aber geplant	NEIN	./.	JA	JA

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d Urh-WahrnG	Änderung WV VG Wort
Erstverwertung betroffen	JA	JA	./.	JA	JA
Preisfestsetzung	Algorithmisch od. individuell	Tarif	./.	Tarif	Tarif
Ausschüttung	Verteilungsplan und individuell für sog. Consumer Purchase	Verteilungsplan	./.	Verteilungsplan	Verteilungsplan
Zugang für die Allgemeinheit	JA	NEIN	JA	JA	JA

VII. Opt-Out

1. *Kurzzusammenfassung der Befunde*

Das GBS bietet diverse Möglichkeiten des Opt-Outs. Nur das Right to Exclude gemäß FRCP und das Right to Remove des ASA bieten den vollständigen Ausschluss aus dem Anwendungsbereich des Settlements. Mit ihnen endet die Eigenschaft als Class Member. Die Class Member werden über verschiedene Medien über das ASA informiert. Eine Unterlassung des Opt-Outs bedeutet nicht die Zustimmung zum ASA, sondern dass der Res-iudicata-Effekt Platz greift. Das Opt-Out-Recht ist fristgebunden. Die Frist legt das Gericht in einem Gerichtsbeschluss fest. Neben dieser gibt es weitere Fristen für die Back-End Opt-Out Rights. Der Empfänger der Erklärung ist der Settlement Administrator bzw. für die Möglichkeiten nach dem ASA Google und/oder die Registry.

Bei § 137l UrhG verhindert die Ausübung des Widerspruchsrechts, dass die Übertragungsfiktion zur Anwendung kommt. Das Widerspruchsrecht besteht in zwei Varianten. Die erste bezieht sich auf zur Einführung des Gesetzes unbekannte Nutzungsarten. Hier gilt für das Widerspruchsrecht eine Jahresfrist, über die nicht benachrichtigt worden ist. In der zweiten Variante ist die Nutzungsart erst später bekannt geworden. Dann gilt eine Drei-Monats-Frist die mit Benachrichtigung über die Nutzungsaufnahme durch den potentiell Begünstigten anläuft. Eine Form ist für den Widerspruch nicht vorgesehen. Er kann von jedem betroffenen Urheber oder Rechtsinhaber gegenüber dem potentiell Begünstigten erklärt werden.

Die RLOW trifft eine offene Regelung zum Opt-Out, deren genaue Ausgestaltung den Mitgliedsstaaten obliegt. Aus der Regelung folgt nur das Ende der Nutzungserlaubnis für die privilegierten Einrichtungen sowie Ansprüche des Rechtsinhabers gegenüber diesen.

§ 13d UrhWahrnG sieht ein Widerspruchsrecht vor, dessen Ausübung das Ende der Wahrnehmungsbefugnis bedeutet. Eine Benachrichtigung der Rechtsinhaber erfolgt nicht. Das Widerspruchsrecht steht in keinem Zusammenhang mit einer Konsentierung der Wahrnehmungsbefugnis und ist weder frist- noch formgebunden. Der Widerspruch kann von jedem Rechtsinhaber gegenüber dem DPMA und nicht der nutzenden Verwertungsgesellschaft gegenüber erklärt werden.

Der Einbeziehung einer Änderung in den Wahrnehmungsvertrag der VG Wort kann der Wahrnehmungsberechtigte ebenfalls widersprechen, sodass diese nicht erfolgt. Über die Widerspruchsmöglichkeit wird er informiert. Unterlässt er den Widerspruch, stimmt er zu. Die Widerspruchsfrist knüpft an die Benachrichtigung über die Einbeziehung an. Der Widerspruch ist gegenüber der Verwertungsgesellschaft zu erklären und bedarf keiner Form.

2. *Vergleich*

Alle Modelle sehen eine Opt-Out-Möglichkeit vor. Das Opt-Out führt für das GBS, § 137l UrhG, RLOW und § 13d UrhWahrnG dazu, dass Opt-In Anwendung findet. Beim WV VG Wort findet bei Opt-Out eine individuelle Verwertung statt.

Das GBS unterscheidet sich von den übrigen Modellen dadurch, dass das Opt-Out-Modell zum einen einen prozessrechtlichen Hintergrund hat und zum anderen die Regelung aus dem Settlement selbst daneben steht. Hinzu kommen weitere Back-End Opt-Out Rights, die keine vollständige Beseitigung der Rechtsfolgen zulassen. Alle anderen Opt-Out-Rechte, eingeschlossen der erstgenannten des GBS, führen zu einem Ausschluss der Rechtsfolgen des jeweiligen Modells. Bei der RLOW ist explizit vorgesehen, dass im Falle des Widerspruchs Entschädigungsansprüche entstehen. Die Wirkungsweise der Opt-Out-Regelung ist bei allen Modellen bis auf das GBS die, dass das Opt-Out die Rechtsfolgen ex nunc beendet. Beim GBS entfällt mit dem Widerspruch die Class-Member-Eigenschaft ex tunc, sodass der Betroffene von vornherein nicht mehr als Class Member behandelt wird.

Beachtlich ist die Verbindung der Opt-Out-Möglichkeit mit einer rechtsgeschäftlichen Anknüpfung zur Rechtsfolge. Eine solche gibt es im Rahmen des § 137l UrhG und aus der Natur der Sache bei der Änderung des WV VG Wort. § 137l UrhG knüpft an die ursprüngliche Nutzungsrechtseinräumung an. Bei der Änderung des WV VG Wort ist dieser selbst Anknüpfungspunkt. Die übrigen Modelle sehen eine solche Anknüpfung nicht vor. Konsequenzen ergeben sich daraus vor allem für die dogmatische Einordnung im Hinblick darauf, ob dem Unterlassen des Opt-Out weiterer Erklärungswert zugemessen wird.[1277]

[1277] Vgl. Abschnitt D.II.

Es zeigt sich ferner, dass bei Modellen mit rechtsgeschäftlicher Verknüpfung auch eine Benachrichtigung des Betroffenen über die Nutzung nötig ist bzw. im Fall des § 137l UrhG sein kann. Eine solche Benachrichtigungspflicht enthält sonst nur das GBS aufgrund prozessrechtlicher Vorschriften. Für diese beiden Modelle ergibt sich ferner eine strenge Fristbindung des Widerspruchs. Diese ist im Fall des § 137l UrhG und beim WV VG Wort an die Benachrichtigung geknüpft. Beim GBS liegt sie im Ermessen des Gerichts. Bei § 13d UrhWahrnG ist keine Benachrichtigung, sondern nur eine Eintragung und Bekanntmachung erforderlich.

Die Modelle enthalten allesamt keine Formvorgaben für den Widerspruch. Lediglich das GBS sieht optional die Nutzung eines Widerspruchsformulars vor. Der Widerspruch ist dagegen je nach Modell an unterschiedliche Personen zu richten. Beim GBS und § 13d UrhWahrnG erfolgt die Erklärung gegenüber einer vom Begünstigten unterschiedlichen und neutralen Stelle, während beim § 137l UrhG und dem WV VG Wort der Widerspruch an den Begünstigten zu richten ist. Auffällig ist hier, dass Letztere auch eine rechtsgeschäftliche Anknüpfung und vorherige Benachrichtigung vorsehen, die der Begünstigte selbst vornehmen muss und die die Widerspruchsfrist anlaufen lässt.[1278] Bei der RLOW gibt es weder eine Notifizierung noch eine Bekanntmachung, sondern nur eine Übermittlung der Dokumentation der Rechercheergebnisse an eine nationale Stelle. Anders ist dies bei § 13d UrhWahrnG. Hier wird der Status des Werks bekanntgemacht. Daran anschließend kommt es zum Fristlauf, der sich aber nicht auf den Widerspruch richtet, sondern auf die Nutzungsbefugnis. Sowohl bei der RLOW als auch bei § 13d UrhWahrnG ist der Widerspruch jederzeit möglich. Für das GBS, § 137l UrhG und die Änderung des WV VG Wort ist der Ablauf der Opt-Out-Frist nötig, damit Nutzungsrechte bestehen. Danach kann der Widerspruch nicht mehr ausgeübt werden.

Handelt es sich um einen Fall der Miturheberschaft, genügt es bei allen Modellen, wenn ein Einzelner widerspricht. Sonderreglungen werden bei § 137l UrhG diskutiert, um Blockademöglichkeiten Einzelner zu verhindern.

[1278] Dies gilt bei § 137l UrhG nur für die Alternative des § 137l Abs. 1 S. 1, 3 UrhG.

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d Urh-WahrnG	Änderung WV VG Wort
Opt-Out-Recht	JA ausdifferenzierte Möglichkeiten nach ASA und ges. nach FRCP	JA	JA	JA	JA
Rechtsfolge des Opt-Out	Kein Class Member = Opt-In	Keine Übertragungsfiktion = Opt-In	Keine Nutzungserlaubnis, Entschädigung = Opt-In	Ende Wahrnehmungsvermutung = Opt-In	Keine Einbeziehung = individuelle Verwertung
Wirkung	Ex tunc	Ex nunc	Ex nunc	Ex nunc	Ex nunc
Rechtsgeschäftliche Verknüpfung	NEIN (res iudicata)	JA	NEIN	NEIN	JA
Notifizierung über Recht	JA	Teilweise (für § 137l Abs. 1 S. 1, 3 UrhG)	NEIN	NEIN	JA
Notifizierung durch	Dritten	Begünstigten	./.	Dritten (nur Bekanntmachung)	Begünstigen
Fristgebunden	JA	JA	NEIN	NEIN	JA
Frist knüpft an	Gerichtsbeschluss	Gesetz/Benachrichtigung	./.	./.	Benachrichtigung
Form	Keine (optional Widerspruchsformular)	Keine	Keine	Keine	Keine
Empfänger	Settlement Administrator	Begünstigter	./.	DPMA	Begünstigte (VG Wort)
Nutzungsrechte vor Fristablauf	NEIN	NEIN	./.	./.	NEIN
Ausübung mehrere Rechtsinhaber	Urheber einzeln nach FRCP (gemeinsam nach ASA)	Jeder Urheber/ Rechtsinhaber	./.	Jeder Rechtsinhaber	Wahrnehmungsberechtigte

D. Prüfungsparameter IV: Dogmatische Einordnung

I. Kurzzusammenfassung der Befunde

Das GBS entspringt dem amerikanischen Prozessrecht, ist aber als Vergleich zugleich durch private Rechtssetzung gestaltet. Mit ihm wird das Urheberrecht der Class Member beschränkt, indem Google diverse Nutzungsrechte eingeräumt werden und die streitigen Nutzungshandlungen, d.h. der ursprüngliche Klagegenstand, legitimiert wird. Eine klassische urheberrechtliche Schranke stellt das GBS aufgrund seiner prozessrechtlichen Herkunft, dem auch seine spezielle Wirkung der Res-iudicata-Effekt entstammt, nicht dar.

§ 137l UrhG stellt eine gesetzliche Beschränkung des Urheberrechts dar und enthält mit der Verwertungsgesellschaftspflicht ein klassisches Schrankenelement. Zugleich werden Nutzungsrechte an einen Dritten fingiert, zu dem bereits eine Rechtsbeziehung besteht.

Die RLOW stellt ebenfalls eine gesetzliche Maßnahme dar, die das Urheberrecht beschränkt. Sie enthält dabei mit der gesetzlichen Lizenz für gewisse Einrichtungen ein klassisches Schrankenelement. Diese ist mit einer auflösenden Bedingung verbunden.

Bei § 13d UrhWahrnG ist das Urheberrecht ebenfalls gesetzlich beschränkt, indem dem Rechtsinhaber ein Wahrnehmungszwang aufgebürdet wird. Die Wahrnehmungsvermutung ist widerleglich.

Die Änderung des WV VG Wort ist eine rein vertragliche Regelung, die das Urheberrecht als solches nicht einschränkt. Sie regelt nur eine Einbeziehung in einen bestehenden Vertrag auf Grundlage einer Parteivereinbarung, indem eine Erklärung fingiert wird.

II. Vergleich

Die Änderung des Wahrnehmungsvertrags der VG Wort unterscheidet sich von den anderen Modellen insoweit, als ihre Regelung nicht gesetzlich verankert ist. Das GBS nimmt hier eine Sonderstellung ein, weil es auf gesetzlichen prozessrechtlichen Vorschriften beruht. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf seine Entstehungsvoraussetzungen im Rahmen des FRCP. Sein Inhalt hingegen hat vertraglichen Charakter und beruht auf Parteivereinbarung.

Bis auf die Änderung des Wahrnehmungsvertrags stellen alle Modelle eine Beschränkung des Urheberrechts dar. Sie räumen Nutzungsrechte ein oder gestatten Nutzungen, indem der Urheber die Möglichkeit verliert, das Verbotsrecht gegenüber dem Begünstigten oder Dritten durchzusetzen. § 137l UrhG und das GBS haben gemeinsam, dass sie Nutzungsrechte einräumen, während bei der RLOW die Nutzung nur gestattet wird und § 13d UrhWahrnG einen Zwang zur Wahrnehmung durch die Verwertungsgesellschaft begründet. Dieser führt letztlich aber

ebenfalls zur Einräumung von Nutzungsrechten gegenüber Dritten und ähnelt daher eher dem GBS und § 137l UrhG als der gesetzlichen Lizenz der RLOW.

Eine urheberrechtliche Schranke im Sinne der vier nach deutschem Verständnis existierenden Schranken stellt kein Modell dar. Nur § 137l UrhG und die RLOW entlehnen Elemente. Bei § 137l UrhG ist es die Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit, während die RLOW eine gesetzliche Lizenz enthält. Aber auch bei diesen beiden Modellen treten Modifikationen hinzu. So enthält § 137l UrhG eine Übertragungsfiktion, die einen gesetzlichen Rechtsübergang bewirkt und zugleich dem Schweigen auf die Widerspruchsfrist Erklärungswert beimisst. Bei der RLOW ist die gesetzliche Lizenz auflösend bedingt. Beide Regelungen können daher als Hybrid bezeichnet werden. Hingegen ist die Regelung des GBS mit seinem Res-iudicata-Effekt dem deutschen Recht fremd. Die Regelung des § 13d UrhWahrnG mit ihrer Wahrnehmungsvermutung ist im deutschen Recht einmalig. Zwar existiert für Ansprüche aus dem UrhG, wie z. B. auch für § 137l UrhG, eine Wahrnehmungsvermutung zugunsten von Verwertungsgesellschaften. Diese beschränkt sich aber auf die Aktivlegitimation der Verwertungsgesellschaft im Hinblick auf Vergütungsansprüche und nicht auf die Rechtewahrnehmung insgesamt. Schließlich enthält die Änderung des Wahrnehmungsvertrags der VG Wort eine fingierte Erklärung. Die Regelung gleicht damit § 137l UrhG insofern, als hier ein Rechtssatz den Rechtsübergang fingiert. Bei beiden Regelungen kommt dem Schweigen des Rechtsinhabers Erklärungswert zu. Interessanterweise nennt sich § 137l UrhG „Übertragungsfiktion“ und die Einbeziehungsklausel des WV VG Wort nach dem BGB „fingierte Erklärung“. In beiden Fällen bewirkt die Norm den Rechtsübergang, nicht das Schweigen. Diesem kommt durch diese Rechtsfolge nur Erklärungswert zu, ohne selbst Rechtsfolgen zu begründen.

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d UrhWahrnG	Änderung WV VG Wort
Gesetzlich/ vertraglich	Gesetzlich und vertraglich	Gesetzlich	Gesetzlich	Gesetzlich	Vertraglich
Beschränkung des Urheberrechts	JA	JA	JA	JA	NEIN
Beschränkung durch	Nutzungsrechtseinräumung an Google	Nutzungsrechtseinräumung	Verlust Verbotsrecht	Zwang zur Wahrnehmung durch VG	./.
Urheberrechtliche Schranke	NEIN	JA	JA	NEIN	NEIN
Art/ Wirkungsweise	Res-iudicata-Effekt	Hybrid aus Übertragungsfiktion und Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit	Auflösend bedingte gesetzliche Lizenz	Widerlegliche Vermutung	Fingierte Erklärung

E. Prüfungsparameter V: Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

I. Kurzzusammenfassung der Befunde

Das GBS muss sich am FRCP und dem dazugehörigen Case Law messen lassen. Das Gericht kam zum Schluss, dass das ASA den Anforderungen nicht standhält, weil es über das hinausgeht, was ein Vergleich im Rahmen des FRCP regeln darf (sogenanntes „identical factual predicate“). Opt-Out ließe sich grundsätzlich mit der amerikanischen Eigentumsdoktrin vereinbaren. Eine Vereinbarkeit des ASA im Hinblick auf das urheberrechtliche Konventionsrecht RBÜ, TRIPS und WCT besteht, soweit man es für anwendbar hält, nicht, weil das Formalitätenverbot nicht eingehalten worden ist.

§ 137l UrhG muss sich am Grundgesetz und dabei insbesondere an der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG und dem Rückwirkungsverbot messen lassen. Der abschließende Schrankenkatalog der InfoSoc-RL ist unbeachtet geblieben, was aber unschädlich ist. Trotz Verstoß gegen das Konventionsrecht, ist bisher kein Streitbeilegungsverfahren eingeleitet worden. Eine Klage vor dem Bundesverfassungsgericht hat keine abschließende Klärung gebracht. Dieses hat aber betont, dass zunächst eine verfassungskonforme Auslegung stattfinden könne. Durch die Auslegung lässt sich die Angemessenheit der Regelung herstellen und ein Verfassungsverstoß vermeiden. Im Hinblick auf das Konventionsrecht liegt ein Verstoß gegen das Formalitätenverbot vor, was für Inländer jedoch keine Konsequenzen hat.

Die RLOW ist am Eigentumsrecht der Art. 17 GRC und Art. 1 EMRK-ZP-1 zu messen. Das Konventionsrecht ist nach EuGH kein Prüfungsmaßstab für die Richtlinie, sondern hat nur auslegungsleitende Wirkung. Das Modell ist mit GRC, EMRK ebenso wie mit dem Konventionsrecht, insbesondere dem Drei-Stufen-Test, vereinbar. Aufgrund seines schmalen Anwendungsbereichs, der derzeitigen Widerspruchsmöglichkeit und der Vergütung für die Nutzung wahrt das Modell die Anforderungen der Verhältnismäßigkeit.

§ 13d UrhWahrnG ist am Art. 14 GG und am Konventionsrecht zu messen, weil der individuelle Verwertungsanspruch des Urhebers durch die Wahrnehmung kollektiviert wird. Angesichts einer möglichen verfassungskonformen Auslegung würde eine solche Klage keinen Erfolg haben. Europarechtliche Vorgaben analog einem ECL-Modell hält das Modell ein. Konventionsrechtlichen Anforderungen hält es stand.

Die Änderung des WV VG Wort muss sich am BGB und insbesondere den Vorschriften für Allgemeine Geschäftsbedingungen messen lassen. Die Klausel ist aufgrund von Intransparenz in Teilen unwirksam, kann aber teilweise aufrechterhalten werden.

II. Vergleich

Allein die Änderung des WV VG Wort ist nur an einfachen Gesetzen zu messen, während alle übrigen Modelle sich an Verfassungsrecht sowie Konventionsrecht messen lassen müssen. Hierbei unterscheidet sich die RLOW insoweit, als eine Prüfung an europäischem Primärrecht und nicht am nationalen Verfassungsrecht erfolgt. Für diese Prüfung hat das Konventionsrecht auslegungsleitende Wirkung. Konventionsrecht findet lediglich auf die Änderung des WV VG Wort keine Anwendung. Für das GBS besteht die Besonderheit, dass erst der Res-iducata-Effekt dazu führt, dass der Anwendungsbereich des Konventionsrechts eröffnet ist.

Ein Konflikt mit Anforderungen höherrangigen Rechts ergibt sich bei allen Modellen. Bei allen Modellen wird das Ausschließlichkeitsrecht in der Hand der Begünstigten aufgehoben. Daraus folgt bei § 137l UrhG, der RLOW und § 13d UrhWahrnG ein Eingriff in das Eigentumsrecht. Hingegen konfligieren das GBS und die Änderung des WV VG Wort mit einfachgesetzlichen Vorgaben. Diese unterscheiden sich ihrer Natur nach als prozessrechtliche und vertragsrechtliche Normen, schützen aber beide eine Vertrags- bzw. Vergleichspartei. Bei § 137l UrhG besteht außerdem im Unterschied zu allen Modellen ein Konflikt mit dem Rückwirkungsverbot sowie mit den Einschränkungsmöglichkeiten des Urheberrechts nach europäischem Recht.

In allen Modellen zieht der Eingriff, ganz gleich, wie er erfolgt, eine Vergütung für den Rechtsinhaber nach sich. Dies geschieht nur beim GBS nach einer sehr individuellen Festlegung, dafür ist Google im Gegenzug zu beteiligen. Ähnlich verhält es sich bei der RLOW, wo der Rechtsinhaber gegenüber der Einrichtung einen gerechten Ausgleich verlangen kann. Die RLOW macht dabei Vorgaben, welche Umstände für die Vergütungshöhe eine Rolle spielen sollen. Bei den Modellen § 137l UrhG und § 13d UrhWahrnG ist eine angemessene Vergütung zu zahlen. Keine Regelung enthält die Änderung des WV VG Wort. § 137l UrhG, § 13d UrhWahrnG und die Änderung des WV unterscheiden sich von der RLOW und dem GBS insofern, als hier eine tarifliche Ausgestaltung über den Verteilungsplan der Verwertungsgesellschaften erfolgt. Bis auf das GBS und die Änderung des WV VG Wort dient die Vergütungsregelung zur Rechtfertigung des Eingriffs im Rahmen der Abwägung.

Für die Eingriffsintensität wird auf die dogmatische Einordnung und das abgestufte Schrankenmodell von *Melichar* verwiesen.[1279] Eine hohe Eingriffsintensität enthält nur das GBS, weil hier die meisten Rechte erfasst sind. Das Widerspruchsrecht der Rechtsinhaber kann nur bis zu einem gewissen Zeitpunkt vollständig ausgeübt werden. Ein Gemeinwohlbezug besteht nicht. Die Vergütung der Rechtsinhaber ist mit Google zu teilen. Mit den Voraussetzungen für einen Prozessvergleich ist ein solcher Eingriff nicht regelbar. Trotz dieser hohen Intensität

---

[1279] Schricker/*Melichar*, Vor §§ 44 ff. UrhG, Rn 6; Loewenheim/*Götting*, § 30, Rn 40 ff.

wäre der Eingriff geringer als bei einer gesetzlichen Lizenz, bei der der Kreis der Nutzer nicht feststeht. Die Modelle § 137l UrhG und RLOW haben dagegen eine geringere, als mittel einzustufende Eingriffsintensität. Bei § 137l UrhG handelt es sich mit der Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit um die am wenigsten intensive Schranke, dafür allerdings hat der Rechtsinhaber aufgrund der Übertragungsfiktion nur bei rechtzeitiger Ausübung seines Widerspruchsrechts eine Steuerungsmöglichkeit der individuellen Verwertung, was die Eingriffsintensität z. B. im Vergleich zu § 13d UrhWahrnG steigert. Die RLOW hat als gesetzliche Lizenz eine mittlere Intensität, diese ist aber mit dem jederzeitigen Widerspruch und nur einigen wenigen und gemeinwohlorientierten Begünstigten abgemildert. Darüber hinaus besteht ein sofortiger Vergütungsanspruch gegen diese Einrichtungen. § 13d UrhWahrnG und der WV VG Wort haben eine geringe Eingriffsintensität. § 13d UrhWahrnG hat die praktischen Konsequenzen einer Zwangslizenz. Zwar ist konzeptionell kein Begünstigter festgelegt und der Wahrnehmungszwang besteht, was für eine starke Ähnlichkeit mit einer gesetzlichen Lizenz spricht. Im Ergebnis ist aber nur aufgrund des Ausschlusses der gewerblichen Nutzung ein überschaubarer Nutzerkreis festgelegt, was eher einer Zwangslizenz und damit einer geringeren Intensität gleichkommt. Diese wird weiter abgemildert durch die Möglichkeit, jederzeit Widerspruch einzulegen und zur individuellen Verwertung zurückzukehren.

Eine gerichtliche Überprüfung der höhergesetzlichen Anforderungen hat nur beim GBS stattgefunden und einen Verstoß ergeben, was aufgrund der Eingriffsintensität kaum verwundert. Für alle anderen Modelle wurde eine solche Entscheidung bis auf § 137l UrhG nicht angestrengt. Von der Geltung der übrigen Modelle ist auszugehen.[1280] Nur bei § 137l UrhG muss dazu eine restriktive, verfassungskonforme Auslegung vorgenommen werden, damit die Eingriffsintensität nicht auf ein unverhältnismäßiges Maß erhöht wird.

Konfliktpotenzial birgt für alle Modelle bis auf die Änderung des WV VG Wort das Konventionsrecht. Dies gilt beim GBS, § 137l UrhG und § 13d UrhWahrnG insbesondere für das Formalitätenverbot. Bei den beiden erstgenannten Modellen ist der Konflikt nicht aufzulösen. Allerdings müsste zur Durchsetzung des Verstoßes für § 137l UrhG ein Streitbeilegungsverfahren nach DSU eingeleitet werden. Für § 13d UrhWahrnG und die RLOW ist daher vor allem der Drei-Stufen-Test von Bedeutung, den beide Regelungen passieren. Dabei spielt insbesondere die Vergütung für die Zulässigkeit eine entscheidende Rolle.

[1280] Vgl. Kapitel 2, Abschitt A.

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d Urh-WahrnG	Änderung WV VG Wort
Prüfungsmaß-stab	FRCP/Case Law (Grinell Factors), Konventionsrecht	Grundgesetz, InfoSoc-RL, Konventionsrecht	GRC/EMRK, InfoSoc-RL, Konventionsrecht nur auslegungslei-tende Wirkung	Grundgesetz, keine Schranke im Sinne InfoSoc-RL, Konventionsrecht	BGB
Eingriff/ Konflikt mit	„identical factual predicate", claim release	Art. 14 GG (Ersetzung Ver-wertungsrecht mit Vergütungsan-spruch, Rückwir-kung Schranken-katalog InfoSoc-RL)	Art. 17 GRC, Art. 1 EMRK-ZP-1 (Nutzungsrege-lung)	Art. 14 GG (individuelle Verwertung gesetzlich durch kollektive Verwer-tung ersetzt)	AGB (fingierte Erklä-rung, Transpa-renzgebot)
Vergütung	JA (teilweise individu-ell, aber zu teilen mit Google)	JA (angemessen, nach Tarif)	JA (gerechter Aus-gleich)	JA (angemessen, nach Tarif)	JA (Verteilungsplan)
Eingriffsintensi-tät	Hoch	Mittel	Gering	Gering	Gering
Wirksamkeit	NEIN	JA (bei verfassungs-konformer Ausle-gung)	JA	JA	JA (teilweise unwirk-sam)
Grund	Vergleichsinhalt geht über Streit-gegenstand hinaus	Verfassungskon-forme Auslegung ermöglicht Ver-hältnis-mäßigkeit	Schmaler und temporärer An-wendungsbereich, Vergütung, jeder-zeitiges Wider-spruchsrecht	Verfassungskon-forme Auslegung, EU-Anforde-rung analog ECL eingehalten	Intransparenz
Gerichtlich festgestellt	JA	Teilweise	NEIN	NEIN	NEIN (vergleichbare Fälle liegen vor)
Vereinbarkeit mit Konventions-recht	NEIN	NEIN	JA	JA	./.

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d Urh-WahrnG	Änderung WV VG Wort
Grund	Formalitäten-verbot	Formalitätenverbot	Kein Verstoß gegen Formalitätenverbot, vereinbar mit Drei-Stufen-Test	Kein Verstoß gegen Formalitätenverbot, vereinbar mit Drei-Stufen-Test	./.

F. Prüfungsparameter VI: Profiteure

I. Kurzzusammenfassung der Befunde

Vom GBS hätte in erster Linie Google profitiert, da es sein Geschäftsmodell durch den Vergleich nicht nur gesichert, sondern darüber hinaus noch ausgebaut hätte. Von § 137l UrhG profitieren insbesondere Verlage, also Verwerter, obwohl hier die Allgemeinheit bedacht werden sollte. Bei der RLOW profitieren, wie beabsichtigt, die Allgemeinheit und als Werkvermittler die privilegierten Einrichtungen. Dies war beabsichtigt. Von § 13d UrhWahrnG profitieren die Verwertungsgesellschaften. Zielsetzung war, einen Zugang für die Allgemeinheit zu schaffen, der auch erfolgt. Bei der Änderungsklausel profitiert die VG Wort. Zielsetzung war die Vereinfachung für die Rechtsinhaber.

II. Vergleich

Auffällig ist zunächst, dass drei von fünf Modellen ein im Allgemeinwohl liegendes Ziel verfolgen, nämlich der Allgemeinheit Werkzugang zu verschaffen. Dies gilt für § 137l UrhG, die RLOW und § 13d UrhWahrnG. Von § 137l UrhG profitieren die ursprünglichen Verwerter. Die Allgemeinheit geht leer aus, weil keine Verwertungspflicht besteht. Die RLOW hingegen stärkt zudem die privilegierten Gedächtnisinstitutionen, indem diese ihr Angebot diversifizieren können. Nur die RLOW erreicht ihr Ziel. § 13d UrhWahrnG stärkt die Verwertungsgesellschaften vor allem als Institution, wenngleich durch den Wahrnehmungszwang auch Werkzugang für die Allgemeinheit geschaffen wird. Bei der Änderungsklausel sollen die Rechtsinhaber durch eine Optimierung ihrer Rechtseinräumung profitieren. Dies ist auch der Fall. Zusätzlich profitiert aber auch die VG Wort, weil sie ihr Portfolio mit der Klausel automatisch erweitert. Eine individuelle Wahrnehmung geht den Rechtsinhabern in diesen Bereichen verloren. Das GBS hatte zum Ziel, einen gerechten Ausgleich zwischen den Parteien zu finden. Hier hätte Google sicher aufgrund des Res-iudicata-Effekts einen Vorteil gegenüber Konkurrenten gehabt, der nicht aufzuholen gewesen wäre. Die dezidierten Regelungen des GBS sprechen aber für einen angemessenen Interessenausgleich. Nunmehr ist mit der Entscheidung pro Fair Use das Worst-Case-Szenario eingetreten, das insbesondere die

Zugangsinteressen der Allgemeinheit im Auge hat, ohne eine ausgewogene Lösung zu finden.[1281]

Insgesamt ist festzustellen, dass auch bei der RLOW, § 13d UrhWahrnG und der Änderung des WV VG Wort zwar primär Intermediäre profitieren. Dies kommt aber letztlich auch der Allgemeinheit zu Gute, da nur über diese Intermediäre der Werkzugang eröffnet werden kann. Zur Verwertung sind sie nicht gezwungen. Dies könnte man kaum verlangen. Jedenfalls kann die Allgemeinheit im Fall des RLOW über die öffentliche Zugänglichkeit Werkzugang erhalten. Bei § 13d UrhWahrnG und der Änderung des WV VG Wort sichert dies § 11 UrhWahrnG ab. Dass die Verwerter oder Intermediäre von den Regelungen primär profitieren, muss für die Allgemeinheit kein schlechtes Ergebnis sein. Dies gilt unterm Strich auch dann, wenn sich unter dem Deckmantel der Allgemeininteressen Lobbyinteressen durchgesetzt haben.

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d UrhWahrnG	Änderung WV VG Wort
Profiteure	(Hypothetisch) Google, Inc.; Allgemeinheit	Verlage	Allgemeinheit	Verwertungsgesellschaft	VG Wort, Rechtsinhaber
Ziel	Google	Allgemeinheit	Allgemeinheit	Allgemeinheit	Rechtsinhaber
Werkzugang für Allgemeinheit sichergestellt	NEIN	NEIN	JA	JA	JA
Verwertung sichergestellt	NEIN	NEIN	NEIN	NEIN	NEIN

G. Ergebnis

Bei rein quantitativer Auswertung der Schnittmengen der Modelle untereinander zeigt sich, dass sich die Modelle RLOW und § 13d UrhWahrnG mit 39 von insgesamt 68 Überschneidungen am ähnlichsten sind. Die zweithöchste Korrelation haben § 13d UrhWahrnG und die Änderung des WV VG Wort mit 33 Übereinstimmungen. Die dritthöchste Korrelation weisen § 137l UrhG und die Änderung des WV VG Wort auf. Die geringste Ähnlichkeit weist das GBS mit allen anderen Modellen auf. Die meisten Überschneidungen, nämlich 23, teilt das GBS mit der Änderung des WV VG Wort. Der Modellvergleich zeigt damit, dass Überschneidungen aller Modelle gering sind.[1282]

[1281] Kapitel 3, Abschnitt B.VI.3.
[1282] Vgl. Anhang F und G.

Qualitativ ergeben sich vor allem in der Ausgangslage Übereinstimmungen. Alle fünf Modelle betreffen Massennutzungen, die sich einem Transaktionskostenproblem gegenübersehen, das auf dem Erfordernis des Opt-In wurzelt. Außerdem besteht eine Überschneidung darin, dass in allen Modellen ein Zugangsinteresse der Allgemeinheit besteht. Übereinstimmungen in der Problemlösung ergeben sich für alle Modelle dahingehend, dass die Begünstigten der Lösung ein zeitlich unbegrenztes Nutzungsrecht erhalten, zugleich aber ein formfreies, ex nunc wirkendes Opt-Out-Recht des vormaligen Rechtsinhabers besteht, mit dem diese Nutzungsrechte wieder beendet werden können. Schließlich erhalten die betroffenen Rechtsinhaber in allen Modellen eine Vergütung für die Nutzung. Eine Werkvermittlung an die Allgemeinheit erzwingen die Modelle nicht.

Im Ergebnis kann damit festgehalten werden, dass die Gemeinsamkeiten der Modelle vor allem in der ähnlichen Problemstellung und der ganz grundsätzlichen Lösung des Transaktionskostenproblems zum Wohle der Allgemeinheit liegt. Soweit es um Detailfragen geht, unterscheiden sich die Modelle. So erfassen alle Modelle unterschiedliche Werkkategorien, führen auf unterschiedliche Weise zu einer Nutzungsmöglichkeit, setzen dafür auch andere Voraussetzungen und unterscheiden sich im Umfang der Nutzungsmöglichkeit, der beteiligten Institutionen und in ihrer Anknüpfung an ein Rechtsgeschäft. Eine zeitliche Begrenzung der Nutzungsmöglichkeit erfolgt nicht. Ferner ist damit auch die Art ihrer Wirkungsweise ganz unterschiedlich. Die Profiteure der Modelle unterscheiden sich ebenfalls. Auffällig ist dabei, dass die Profiteure stets diejenigen sind, die die Werkvermittlung wahrnehmen, und die Allgemeinheit nur dann den gewünschten Werkzugang erhält.

Daraus können folgende Thesen abgleitet werden:

These 1: Die Modelle sollen das Problem prohibitiv hoher Transaktionskosten, das Opt-In verursacht, im Allgemeininteresse lösen.

These 2: Die Modelle führen zu einer zeitlich unbegrenzten Nutzungsrechtseinräumung für unterschiedliche Werkkategorien und Nutzungsarten und sind an unterschiedliche Voraussetzungen, wie Rechercheanforderungen, geknüpft.

These 3: Die Nutzungsrechte sind durch ein formfreies und zeitlich unbegrenztes Opt-Out-Recht des vormaligen Rechtsinhabers begrenzt.

These 4: Die Modelle begünstigen Intermediäre, zwingen diese aber nicht zur Verwertung.

These 5: Urheber oder Rechtsinhaber erhalten eine Vergütung.

Berücksichtigt man aus dem Modellvergleich auch diejenigen Ergebnisse, bei denen lediglich ein Modell Abweichungen zeigt, lassen sich weitere Ergebnisse finden, die verallgemeinerungsfähig sind, sich aber mit einem Gegenbeispiel nur partiell falsifizieren lassen. Hier bestätigt die Ausnahme die Regel.

Die Opt-Out-Modelle kommen zur Anwendung, wenn eine wirtschaftliche Verwertung nicht stattfindet. Bei allen Modellen außer dem GBS ist dies Fall, denn hier kann sehr wohl eine digitale Nutzung stattfinden.

> These 6: Die Modelle finden regelmäßig Anwendung, wenn Werke nicht verwertet werden.

Für den zeitlichen Anwendungsbereich ergibt sich eine Grundtendenz von vier Modellen, die darin besteht, dass bis auf die Änderung des WV VG Wort alle Modelle eine Stichtagsregelung nutzen, ab der das Modell Anwendung findet.

> These 7: Die Modelle operieren regelmäßig mit Stichtagsregelungen.

Im Rahmen des persönlichen Anwendungsbereichs ergibt sich für alle Modelle außer dem GBS, dass die Modelle eine Lizenzvergabe an Dritte, d.h. einen anderen als den ursprünglich Begünstigten, ermöglichen.

> These 8: Kollektivierung und Opt-Out führen dazu, dass regelmäßig Dritte ein Nutzungsrecht erwerben können.

Ein ganz entscheidender Punkt ist zudem, dass bei der RLOW eine Kollektivierung im urheberrechtlichen Sinne nicht besteht. Vielmehr können die Rechtsinhaber hier einen individuellen, gerechten Ausgleich gegenüber der nutzenden Institution geltend machen.

> These 9: Kollektivierung und Opt-Out sind regelmäßig verknüpft.

Ferner zeigt sich im Rahmen der Modelle, bei denen eine Kollektivierung besteht, dass auch andere als die tarifliche Vergütung möglich sein könnten. Diese bestehen in einer algorithmischen Preisfindung und individuellen Berechnung.

> These 10: Auch bei Kollektivierung kann eine individuelle Vergütung stattfinden.

Schließlich führt die Kollektivierung in allen Fällen dazu, dass der Allgemeinheit Werkzugang vermittelt werden muss. Nur § 137l UrhG sieht keinen zwingenden Zugang für die Öffentlichkeit vor.

These 11: Kollektivierung führt regelmäßig zum Zugang für die Allgemeinheit.

Im Hinblick auf die dogmatische Einordnung ergibt sich die Regelmäßigkeit, dass das Urheberrecht durch die Modelle beschränkt wird. Nur die Änderung des WV VG Wort weicht hier naturgemäß ab.

These 12: Die Modelle führen regelmäßig zu einer Beschränkung des Urheberrechts.

Schließlich ergibt sich im Bereich der Prüfung der Verstöße gegen höherrangiges Recht keine Regelmäßigkeit. Dies ist kaum verwunderlich, haben doch zwei von fünf Modellen einen rechtsgeschäftlichen Hintergrund, für die ein anderer Maßstab anzulegen ist als für die legislativen Modelle. Im Hinblick auf die Profiteure der Regelungen zeigt sich, dass alle Modelle bis auf das GBS keine zwingende Werkvermittlung beinhalten.

Betrachtet man das oben dargestellte Ergebnis, zeigt sich am Ende, dass die Modelle weniger Gemeinsamkeiten und Regelmäßigkeiten aufweisen, als man wohl intuitiv denken würde. Dies ist insgesamt ihren unterschiedlichen Entstehungsgeschichten geschuldet. Schon quantitativ zeigt sich, dass die Überschneidungen im Bereich der legislativen Modelle größer sind.

Kapitel 5 Grundnorm und Schlussbetrachtung

Der Modellvergleich hat gezeigt, dass alle Modelle die zugrunde liegende Problematik und deren grundsätzliche Lösung durch Kollektivierung und Opt-Out gemeinsam haben. Fraglich ist, ob man diese Regelung nun auch als Grundnorm des Urheberrechts bezeichnen kann. Die Feststellung für das Urheberrecht war seine Anerkennung als absolutes Ausschließlichkeitsrecht. Dies gilt unabhängig davon, welche moralphilosophisch-transzendente Betrachtung man anlegt. Ob man es nun geistiges Eigentum oder Werkherrschaft nennt, ist irrelevant. Jedenfalls erfordert ein solches Ausschließlichkeitsrecht stets die Zustimmung des Urhebers. Das Substrat der hier untersuchten Modelle führt zu dem Ergebnis, dieses zumindest als umstößlich anzusehen. Geschuldet ist dies dem Zugangsinteresse der Allgemeinheit an dem Werk. Für die Anwendungsfälle der Modelle besteht die Notwendigkeit, von der Grundnorm abzuweichen. Nimmt man den Gedanken *Kelsens*, dass eine Grundnorm wirksam ist, wenn sie von der Mehrheit konsentiert wird und ihr so ein Sollen beigelegt werden kann, dann hat die Grundnorm des Opt-In im Bereich des von den Modellen betroffenen Anwendungsbereichs ihre Wirksamkeit verloren. Wirksam in diesem Bereich ist nicht mehr Opt-In, sondern Kollektivierung und Opt-Out, getragen vom Zugangsinteresse der Allgemeinheit.

Es fragt sich somit, warum Opt-In seine Normativität im Bereich der Modelle verliert und gegenüber dem Zugangsinteresse der Allgemeinheit nachgibt. Hier lohnt ein erneuter Blick auf die Problemlage. Das Zustimmungserfordernis verursacht prohibitiv hohe Transaktionskosten. Die Folge ist, dass überhaupt kein

Werkzugang mehr stattfindet. Der Grund für das Zustimmungserfordernis, d.h. das Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers und nicht nur ein bloßer kollektiver Vergütungsanspruch, wurzelt dabei in den Erkenntnissen des Naturrechts und im Utilitarismus. Ökonomisch betrachtet würde es ohne Urheberrecht zu einem Marktversagen kommen. Kreative Werke stellen aus ökonomischer Sicht öffentliche Güter dar, sie könnten von jedermann genutzt werden, ohne dass andere an der Nutzung gehindert würden.[1283] Ohne Eigentumszuweisung und die Zuerkennung des Ausschließlichkeitsrechts an den Schöpfer käme es zu Marktversagen, weil jeder das Werk nutzen könnte und der Preis für eine Kopie des Werks sinken würde. [1284] Bei einem solchen Marktversagen bestünde für den Urheber kein Anreiz mehr, Werke zu schaffen.[1285] Die Property Rule ist aber dann keine Lösung mehr, wenn die Transaktionskosten prohibitiv hoch werden;[1286] es entfällt ihre Anreiz- und Allokationsfunktion.[1287] Der Rechtsinhaber des Eigentums ist in diesem Falle nicht mehr ein ökonomischer Nutzenmaximierer des öffentlichen Guts.[1288] Die Folge ist, dass die Property Rule ihren Sinn verliert. Für das Urheberrecht bedeutet dies zumindest nach utilitaristischem Gedankengut, dass dann kein Ausschließlichkeitsrecht gewährt werden muss. Dies zeigt sich in folgendem Zitat von *Lord Thomas Babington Macauley* aus dem Jahr 1841 zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes:[1289] „It is good that authors should be remunerated; and the least exceptionable way of remunerating them is by monopoly. Yet monopoly is an evil. For the sake of the good we must submit to the evil; but the evil ought not to last a day longer than is necessary for the purpose of securing the good."

Zum Ausdruck kommt hier, dass es bei dem Urheberrecht um die Interessen der Allgemeinheit und nicht die des Autors geht. Auch der amerikanische Supreme Court hat wiederholt klargestellt, dass das Urheberrecht zwar den Urheber entlohnen soll, die Zielrichtung liegt aber in der Förderung von in Regel künstlerischen Schaffensprozessen zugunsten der Gesellschaft.[1290] So weit zu gehen, zu behaupten, dass die Problemlage der Modelle dazu zwinge, das Werk wieder ein öffentliches Gut werden zu lassen, liegt nahe, denn eine Allokation, um eine Übernutzung wie bei der Allmendeproblematik[1291] zu verhindern, besteht gerade

[1283] *Gordon*, 82 Columbia Law Journal 1600, 1611 (1982); *Reich*, S. 83; vgl. auch *Mankiw/Tylor*, S. 279.

[1284] *Landes/Posner*, 18 Journal of Legal Studies, 325, 328 (1989); *Calabresi/Melamed*; 85 Harvard, Law Journal 1089, 1106 ff. (1972).

[1285] *Lehmann*, GRUR Int. 1983, 356, 360.

[1286] *Gordon*, 82 Columbia Law Journal 1600, 1611 (1982); *Lehmann*, GRUR Int. 1983, 356, 358.

[1287] *Landes/Posner*, S. 13; *Reich*, S. 73, 137.

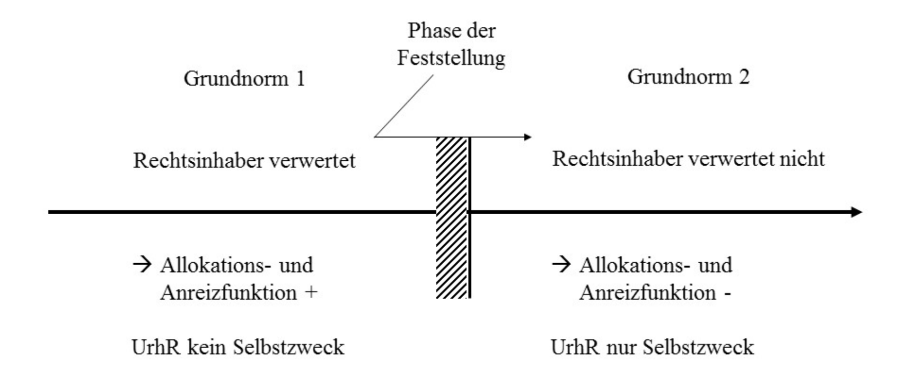
[1288] *Lehmann*, GRUR Int. 1983, 356, 358.

[1289] Die gesamte Rede ist abrufbar unter: http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/opposingcopyrightextension/commentary/MacaulaySpeeches.html (Stand: Juli 2014).

[1290] *Harper & Row Publishers; Inc. v. Nation Enters*, 471 U.S. 539, 558 (1985); *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151 (1975); *Eldred v. Ashcroft 537 U.S. 186, 219 (2003)*; *Greenberg,* 59 UCLA Law Review 1028, 1065 (2012).

[1291] *Mankiw/Taylor*, S. 286.

nicht, sondern vielmehr eine Unternutzung. Die Property Rule bringt keinen gesellschaftlichen Nutzen mehr, sondern führt im Gegenteil, wie gezeigt, zu einer Behinderung des Zugangsinteresses der Allgemeinheit.[1292] Die ökonomische Betrachtung geht hier den Weg über die Liability Rule. Dritte dürfen danach in eine Rechtsposition eingreifen, müssen dafür aber eine festgelegte Vergütung zahlen.[1293] Genau dies ist es, was bei den Modellen geschieht. Das Ausschließlichkeitsrecht wird aufgehoben, dafür erhält der Rechtsinhaber eine Vergütung. Dies führt für die Frage der Grundnorm dazu, dass hier Opt-In im Sinne der Property Rule kein Marktversagen mehr beseitigt und damit ineffizient ist. Ihr Bestehen ist im Anwendungsbereich der Modelle nicht gerechtfertigt. Legt man diese wirtschaftliche Betrachtung zugrunde, verliert Opt-In als ökonomisches Äquivalent der Property Rule aufgrund der zu hohen Transaktionskosten seine Berechtigung, d.h. letztlich seine Normativität mangels Wirksamkeit, die sich nur bei Konsentierung durch eine Mehrheit ergeben würde. Die Folge ist, dass die Grundnorm Opt-In hier zum Opt-Out, d.h. der Liability Rule, hin verschoben wird. Würde man die Property Rule auch hier aufrechterhalten, wären dies und das Urheberrecht bloßer Selbstzweck. Daraus folgt folgendes Modell:



Für die Frage nach der Grundnorm ist aus diesem Ergebnis gewonnen, dass Opt-Out die Zielsetzung der Senkung von Transaktionskosten bewältigt und Opt-In in diesem Bereich seine Berechtigung und damit auch Normativität verliert. Denn damit fehlt ein Konsens im Sinne einer Grundnorm. Daraus könnte man den Rückschluss ziehen, dass Opt-Out die Berechtigung der Liability Rule begründen und die kollektivistische Vergütung zur neuen Grundnorm aufsteigen müsste.

1292 *Lehmann*, GRUR Int. 1983, 356, 361: „Gewillkürte Ausschließlichkeitspositionen werden in Form von Property Rights von einer Gesellschaft rechtlich nur in dem Maß geschützt werden, wie von dieser Gesellschaft das Produktionsergebnis des dadurch bewirkten Wettbewerbs auf einer höheren ökonomischen Stufe als wirtschaftlich positiv bewertet wird."

1293 *Calabresi/Melamed*, 85 Harvard, Law Journal 1089, 1107 (1972).

Indes würde sich dann die Frage stellen, warum die Modelle teilweise strenge Voraussetzungen für die Nutzung der Werke schaffen, bevor eine Nutzung stattfinden darf. Hier verlässt man die ökonomische Argumentation und kommt zurück zum Urheberrecht als verfassungsmäßig garantiertes Eigentumsrecht. Denn ökonomisch ist es jedenfalls nicht zu erklären, dass ein Transaktionsproblem gelöst werden soll, indem neue Kosten etwa durch die Recherchepflicht geschaffen werden. Dies ergibt keinen Sinn. Auch ist nicht erklärbar, warum in den Modellen private Verwerter keine Rolle spielen dürfen, sind sie doch gerade finanziell und strukturell in der Lage, Werkzugang zu vermitteln und das Zugangsinteresse der Allgemeinheit zu bedienen. Die Frage lässt sich damit beantworten, dass das Urheberrecht zumindest nach kontinentaleuropäischem Verständnis nicht wie eine Property Rule nur ein ökonomisches Problem lösen soll. Die wirksamen Modelle entsprechen insofern partiell dem naturrechtlichen bzw. persönlichkeitsrechtlichen Verständnis des Urheberrechts. Dies zeigt sich besonders deutlich daran, dass Opt-Out nur eine Erklärung des Rechtsinhabers erfordert und keine weiteren Voraussetzungen hat als die Rechtsinhaberschaft. Ginge man von einer rein ökonomischen bzw. utilitaristischen Betrachtung aus, müsste man sagen, die Property Rule habe ihren Sinn bereits getan. Das Werk war auf einem Markt, der Rechtsinhaber hat verwertet oder es zumindest versucht. Anreiz- und Allokationsfunktion ist Genüge getan. Warum also sollte nun der Rechtsinhaber wieder zur Property Rule zurückkehren dürfen, ist doch das Zugangsinteresse der Allgemeinheit auch mit der Liability Rule befriedigt? Hierfür kann man also allein mit dem naturrechtlichen oder persönlichkeitsrechtlichen Einschlag des Urheberrechts argumentieren. Dem Urheber sind stets die Früchte seiner Arbeit zuzuschlagen, so lautet das Credo des BVerfG. Dass dem irgendwann Genüge getan sein könnte, ist dem Urheberrecht innerhalb der Schutzfrist fremd, denn das Eigentum ist schließlich ein Freiheitsrecht, und dieses liegt auch darin zu bestimmen, ob und wie verwertet wird.[1294] Eine Gewinnextension über das zur Anreizfunktion nötige Maß ist nicht auszuschließen, im Interesse des Zugangs der Allgemeinheit aber auch gleichgültig. Denn auch nach den Modellen ist eine Vergütung stets fällig, nur der Begünstigte ist unter Umständen ein anderer. Es lässt sich jedenfalls für die Rückkehr zum Opt-In stets anführen, der Urheber müsse bestimmen können, ob sein Werk vom Analogen ins Digitale überführt werden darf oder nicht.

Die Möglichkeit, mit dem Opt-Out-Recht zum Opt-In zurückzukehren, bieten alle Modelle. Für die Bezeichnung von Opt-Out als Grundnorm stellt sich deshalb die Frage, ob Opt-Out damit überhaupt Grundnorm sein kann. Die Betrachtung des Anwendungsbereichs der Modelle zeigt, dass Opt-Out sich nur für einen bestimmten Anwendungsbereich an die Stelle des Opt-In setzt. Zwar ergibt sich bei § 13d UrhWahrnG eine Vergleichbarkeit mit dem ECL, bei dem Opt-Out als

[1294] In diesem Sinne Depenheuer/Peifer/*Schack*, S. 131.

Regel zur Anwendung kommt, aber auch hier setzt sich das Opt-Out nicht in Konkurrenz zum Opt-In. Auch § 13d UrhWahrnG hat einen eingeschränkten Anwendungsbereich. Würde man Opt-Out als Konkurrenz zum Opt-In betrachten, müsste das Urheberrecht in jeder Verästelung auf Kollektivierung und Opt-Out zurückführbar sein. Dies würde beispielsweise bedeuten, dass eine individuelle Verwertung insbesondere auch im Bereich der Erstverwertung, wie beim ECL, nicht mehr die Regel, sondern nur noch die Ausnahme wäre. Dies ist aber nicht der Fall, denn auch wenn die Modelle mit dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung Bereiche der Erstverwertung betreffen, folgt daraus nur eine Tendenz, aber keine Regel. Ein praktischer Fall wäre beispielsweise die Auslegung der Zweckübertragungslehre nach § 31 Abs. 5 UrhG, wo bei der Grundnorm des Opt-In das Urheberrecht die Tendenz hat, so weit wie möglich beim Urheber zu verbleiben.[1295] Vielmehr würde dann gelten, dass das Urheberrecht nur so weit dem Urheber zugeordnet wird, wie er es durch seine Opt-Out-Erklärung in Anspruch genommen hat. Eine derartige Strahlwirkung ist den Opt-Out-Modellen aber bereits aus dem Anwendungsbereich nicht zu entnehmen.

Vielmehr zeigt sich aus der Konzeption, dass mit Opt-Out die herbeigeführte Rechtsfolge der Kollektivierung wieder aufgehoben wird, etwas anderes, nämlich dass Kollektivierung und Opt-Out nur einen temporären Zustand regeln. Macht der Betroffene von seinem Opt-Out-Recht Gebrauch, kehrt er zum Opt-In zurück. Daraus folgt, dass erstens Opt-Out und Opt-In nebeneinander koexistieren, und zweitens, dass Opt-Out zunächst immer ein Opt-In-Modell voraussetzt. Denn wäre dies nicht der Fall, wäre Opt-Out rechtsbegründend. Der Aussage, bei einem Opt-Out-Modell falle dem eigentlichen Rechtsinhaber das Ausschließlichkeitsrecht bzgl. seines Werkes erst zu, ist aber nicht zuzustimmen.[1296] Dies lässt sich bereits mit der Analyse der Modelle belegen. Alle Modelle sehen einen Rechtsinhaber vor. Dementsprechend gehen alle Modelle wie selbstverständlich von einem existenten Recht aus, das keiner Opt-Out-Erklärung bedarf. Aber auch abstrakter kann dieser Meinung nicht gefolgt werden. Denn bereits denknotwendig setzt jedes Opt-Out zunächst den Rechtsbestand Urheberrecht voraus. Anderenfalls gäbe es nichts zum Herausoptieren. Die Nutzung des Dritten müsste nicht durch die Modelle legitimiert werden. Vielmehr wird das Urheberrecht bei einer Opt-Out-Regelung nur in seiner Ausschließlichkeit beschränkt, weil der Urheber ohne Ausübung des Opt-Out keine Verbotsrechte mehr geltend machen kann. Das heißt aber nicht, dass das Werk zunächst gemeinfrei wäre und durch Opt-Out das Urheberrecht als Ausschließlichkeitsrecht begründet würde. Die nur durch den Gesetzgeber mögliche Zuordnung der Rechtsposition Eigentum in

[1295] BGH, GRUR 1979, 637, 639 – *White Christmas*; BGH, GRUR 1998, 680, 682 – *Comic-Übersetzungen*.

[1296] a.A. *Möller*, S. 213, 214.

Form des Urheberrechts ist bereits erfolgt.[1297] Nur Inhalt und Schranken des Eigentums definieren sich im Bereich der Opt-Out-Modelle anders. Opt-Out verkleinert also temporär den Umfang des Urheberrechts im Sinne des Opt-In, ohne es in Frage zu stellen. Vielmehr besteht eine Koexistenz, da alle Opt-Out-Modelle nur bestimmte Teile des Urheberrechts vom Opt-In ausnehmen.

Auch die Kollektivierung kann keine Geltung im Sinne einer Grundnorm für sich beanspruchen. Zwar hat sich gezeigt, dass Kollektivierung zunehmend im Bereich der Erstverwertung Platz greift. Dies ist insofern verwunderlich, als die digitale Verwertungsmöglichkeit eine individuelle Verwertung befördert.[1298] Wiederum ist hier aber gerade der spezielle Anwendungsbereich der Modelle zu beachten. Denn bei allen Modellen findet eine wirtschaftliche Verwertung der Werke nicht oder nicht in vollem Umfang statt. Hier kommt die Kollektivierung zum Einsatz. Macht der Rechtsinhaber von seinen individuellen Auswertungsmöglichkeiten keinen Gebrauch, dann schlagen die Modelle zu. Das Werk wird, auch soweit die Erstverwertung betroffen ist, in die kollektive Verwertung überführt, oder zumindest wird der Allgemeinheit Werkzugang vermittelt. Dies ist der Bereich, für den Opt-In versagt, weil die Urheber es nicht in Anspruch nehmen. Die Rechtfertigung für ein Ausschließlichkeitsrecht nimmt hier insgesamt ab.[1299] Die Grundidee der Modelle ist: Wenn Urheber oder Rechtsinhaber das Werk nicht mehr selbst auswerten, fällt es der Allgemeinheit zu, es sei denn, dem wird rechtzeitig widersprochen. Die jeweilige Ausgestaltung der Modelle führt aber nicht dazu, dass die Allgemeinheit alleiniger Nutznießer ist. Beim GBS im Extremen sowie bei § 137l UrhG ziehen die begünstigten Intermediäre ebenfalls einen Nutzen aus den Modellen. Das ist eine notwendige Nebenfolge, denn die Werke müssen für das Ziel des Werkzugangs durch die Allgemeinheit irgendwie an diese vermittelt werden. Eine Kollektivierung über die Verwertungsgesellschaften ist dann immer nötig, wenn tatsächlich Lizenzzahlungen für die Werke entstehen, d.h. der Werkgenuss überhaupt noch Wert hat.

Auf dieser Ebene lassen sich die Modelle zur Grundidee erklären. Besteht für ein Werk keine Nutzung mehr, fällt es in den Bannkreis eines der Modelle. Die gilt für jüngere Werke mit dem § 13d UrhWahrnG und für ältere Werke mit der RLOW. Dazwischen siedeln sich § 137l UrhG und die Änderung des WV VG Wort an. Es folgt daraus die Konsequenz, dass Rechtsinhaber sich zunehmend gewahr werden müssen, dass das Urheberrecht in speziellen Bereichen nicht mehr ohne Weiteres bei ihnen verbleibt. Der Urheber hat also in diesen Fällen nicht mehr die Möglichkeit, sich zurückzulehnen und das Werk zu genießen; der Urheber und Rechtsinhaber muss die Früchte seines Werkes ernten. Tut er dies nicht, sammelt die Allgemeinheit sie ein. Daraus folgt, dass bereits die zeitweilige Aus-

[1297] *Peukert*, S. 884 f.
[1298] *Hilty*, GRUR Int. 2009, 633, 634 f.
[1299] *Senftleben*, 1 Berkeley Technology Law Journal Commentaries 1, 11 (2014).

setzung des Opt-In dauerhafte Konsequenzen zeitigt. Diese bestehen darin, dass dem Urheber Früchte seines Werkes, also die Vergütung, nicht mehr vollständig zugeordnet werden. Die Modelle sehen hier nur eine teilweise Zuordnung vor. Darüber hinaus zeigt die Einführung der Modelle die ständige Gefahr für den Urheber oder Rechtsinhaber, dass er sein Recht verliert, wenn er nicht agiert. Dies ist mit der Grundidee des Opt-In nicht kompatibel. Der Erkenntnisgewinn liegt damit darin, dass sich die Modelle mit ihrer Abweichung vom Opt-In in dieses System als zeitweilige Ausnahme integrieren lassen und es sogar benötigen, auf der anderen Seite aber dauerhafte Konflikte mit dem Opt-In begründen, die über eine bloße Schranke hinausgehen. Der Kern der Modelle ist also, dass sich der Urheber eben nicht mehr zurücklehnen und sein Urheberrecht genießen kann, sonst bricht er aus dem System der Grundnorm des Opt-In aus. Die Anforderung, das Recht gewissermaßen überwachen zu müssen, also auf der Hut zu sein, lässt sich intrasystematisch im Opt-In nicht begründen. Auch eine Argumentation, nach der dies bloß eine weitere Schranke des Urheberrechts darstelle, ist nicht zulässig, denn keine Schranke begründet eine solche Konsequenz. Bei jeder Schranke kann der Urheber sich zurücklehnen und sein Werk genießen, wenn auch nur in geringerem Maße. Aus dem Opt-Out folgt aber, dass die Kosten, die die Modelle zu vermeiden versuchen, auf den Urheber übergehen, der dann seinerseits für seine Kontrolle Kosten aufwenden muss.

Ob Kollektivierung und Opt-Out sich im Widerstreit der Begründungsansätze als nachhaltig wirksam erweisen, ist nicht abzusehen. Jedenfalls gilt für das Urheberrecht: Möchte ein Urheber oder Rechtsinhaber Exklusivität und die daraus folgenden Freiheiten erhalten, obwohl er sie dauerhaft nicht in Anspruch genommen hat und nimmt, muss er sie für sich reklamieren. Anderenfalls setzt sich das Zugangsinteresse der Allgemeinheit durch. Insgesamt bedeutet dies, dass die Ausschließlichkeit des Urheberrechts mit Opt-Out an seine ökonomische Erforderlichkeit geknüpft wird, zugleich aber die persönlichkeitsrechtlichen Interessen des Urhebers die Möglichkeit der Rückkehr in das originäre System bewahren. Ob sich die Bastion Opt-Out und damit die Rückkehr zum Opt-In ohne persönlichkeitsrechtliche Begründung tragen lässt, mag bezweifelt werden, führt sie doch zum Gegenteil eines „ökonomisch ausdifferenzierten“[1300] Urheberrechts. Zu bedenken ist aber stets, dass ohne Rückkehr zum Ausschließlichkeitsrecht nur kollektive und damit tarifliche Ansprüche bestehen. Denkbare Alternativen, wie eine Preisfestlegung durch Gerichte[1301] oder eine regulatorische Instanz, sind von einem echten Markt noch weiter entfernt, weil die Vergütung hier nicht durch Marktteilnehmer verhandelt, sondern schlicht hoheitlich verordnet würde. Kollektivierung und Opt-Out stellen in diesem Sinne eine Möglichkeit dar, ohne die

[1300] *Spindler*, NJW 2014, 2550, 2551.

[1301] Ohne Marktgegenseite im Falle der vergriffenen oder verwaisten Werke erscheint eine Lizenzanalogie reichlich schwierig.

vollständige Reformalisierung und Transformation des Urheberrechts in ein gewerbliches Schutzrecht eine ausgeglichene Lösung der ideellen und materiellen Interessen zu finden.


Anhang

Anhang A

FRCP Rule 23 Class Actions

(a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;

(2) there are questions of law or fact common to the class;

(3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and

(4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

(b) Types of Class Actions. A Class Action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if:

(1) prosecuting separate actions by or against individual Class Member would create a risk of:

(A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual Class Member that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or

(B) adjudications with respect to individual Class Member that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests;

(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or

(3) the court finds that the questions of law or fact common to Class Member predominate over any questions affecting only individual members, and that a Class Action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:

(A) the Class Member' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;

(B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against Class Member;

(C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and

(D) the likely difficulties in managing a Class Action.

(c) Certification Order; Notice to Class Member; Judgment; Issues Classes; Subclasses.

(1) Certification Order.

(A) Time to Issue. At an early practicable time after a person sues or is sued as a class representative, the court must determine by order whether to certify the action as a Class Action.

(B) Defining the Class; Appointing Class Counsel. An order that certifies a Class Action must define the class and the class claims, issues, or defenses, and must appoint class counsel under Rule 23(g).

(C) Altering or Amending the Order. An order that grants or denies class certification may be altered or amended before final judgment.

(2) Notice.

(A) For (b)(1) or (b)(2) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), the court may direct appropriate notice to the class.

(B) For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to Class Member the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language:

(i) the nature of the action;

(ii) the definition of the class certified;

(iii) the class claims, issues, or defenses;

(iv) that a Class Member may enter an appearance through an attorney if the member so desires;

(v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion;

(vi) the time and manner for requesting exclusion; and

(vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3).

(3) Judgment. Whether or not favorable to the class, the judgment in a Class Action must:

(A) for any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), include and describe those whom the court finds to be Class Member; and

(B) for any class certified under Rule 23(b)(3), include and specify or describe those to whom the Rule 23(c)(2) notice was directed, who have not requested exclusion, and whom the court finds to be Class Member.

(4) Particular Issues. When appropriate, an action may be brought or maintained as a Class Action with respect to particular issues.

(5) Subclasses. When appropriate, a class may be divided into subclasses that are each treated as a class under this rule.

(d) Conducting the Action.

(1) In General. In conducting an action under this rule, the court may issue orders that:

(A) determine the course of proceedings or prescribe measures to prevent undue repetition or complication in presenting evidence or argument;

(B) require—to protect Class Member and fairly conduct the action—giving appropriate notice to some or all Class Member of:

(i) any step in the action;

(ii) the proposed extent of the judgment; or

(iii) the members' opportunity to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or to otherwise come into the action;

(C) impose conditions on the representative parties or on intervenors;

(D) require that the pleadings be amended to eliminate allegations about representation of absent persons and that the action proceed accordingly; or

(E) deal with similar procedural matters.

(2) Combining and Amending Orders. An order under Rule 23(d)(1) may be altered or amended from time to time and may be combined with an order under Rule 16.

(e) Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise. The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise:

(1) The court must direct notice in a reasonable manner to all Class Member who would be bound by the proposal.

(2) If the proposal would bind Class Member, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate.

(3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal.

(4) If the Class Action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual Class Member who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so.

(5) Any Class Member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court's approval.

(f) Appeals. A court of appeals may permit an appeal from an order granting or denying class-action certification under this rule if a petition for permission to appeal is filed with the circuit clerk within 14 days after the order is entered. An appeal does not stay proceedings in the district court unless the district judge or the court of appeals so orders.

(g) Class Counsel.

(1) Appointing Class Counsel. Unless a statute provides otherwise, a court that certifies a class must appoint class counsel. In appointing class counsel, the court:

(A) must consider:

(i) the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action;

(ii) counsel's experience in handling Class Actions, other complex litigation, and the types of claims asserted in the action;

(iii) counsel's knowledge of the applicable law; and

(iv) the resources that counsel will commit to representing the class;

(B) may consider any other matter pertinent to counsel's ability to fairly and adequately represent the interests of the class;

(C) may order potential class counsel to provide information on any subject pertinent to the appointment and to propose terms for attorney's fees and nontaxable costs;

(D) may include in the appointing order provisions about the award of attorney's fees or nontaxable costs under Rule 23(h); and

(E) may make further orders in connection with the appointment.

(2) Standard for Appointing Class Counsel. When one applicant seeks appointment as class counsel, the court may appoint that applicant only if the applicant is adequate under Rule 23(g)(1) and (4). If more than one adequate applicant seeks appointment, the court must appoint the applicant best able to represent the interests of the class.

(3) Interim Counsel. The court may designate interim counsel to act on behalf of a putative class before determining whether to certify the action as a Class Action.

(4) Duty of Class Counsel. Class counsel must fairly and adequately represent the interests of the class.

(h) Attorney's Fees and Nontaxable Costs. In a certified Class Action, the court may award reasonable attorney's fees and nontaxable costs that are authorized by law or by the parties’ agreement. The following procedures apply:

(1) A claim for an award must be made by motion under Rule 54(d)(2), subject to the provisions of this subdivision (h), at a time the court sets. Notice of the motion must be served on all parties and, for motions by class counsel, directed to Class Member in a reasonable manner.

(2) A Class Member, or a party from whom payment is sought, may object to the motion.

(3) The court may hold a hearing and must find the facts and state its legal conclusions under Rule 52(a).

(4) The court may refer issues related to the amount of the award to a special master or a magistrate judge, as provided in Rule 54(d)(2)(D).

Anhang B

1. Status und Klassifizierung von Büchern:

- Registrierung von Rechtsinhabern bei der Registry („Registered Rightsholders“)[1302]
- Benachrichtigung von Google über die Ausübung des Right to Remove[1303] und Right to Exclude[1304] des Rechtsinhabers
- Recht, die Einstufung eines Werks als In-Print/Out-Of-Print anzugreifen[1305] und die Einstufungskriterien mit Google festzulegen[1306]
- Entgegennahme von Change Requests in Bezug auf Display Use/Non-Display Use durch Registered Rightsholders[1307]
- Einstufung als Out-Of-Print-Werk nach dem Author-Publisher Procedure[1308] sowie zugehörige Informationspflichten an Google
- Entgegennahme von Informationen durch Rechtsinhaber, dass ein Werk Commercially Available ist[1309], Prüfung der Informationen[1310] und Benachrichtigung von Google[1311]
- Entgegennahme von Information von Google bzgl. Einstufung als In-Print/Out-Of-Print[1312]
- Mitwirkung am Regelwerk für die Einstufung von Werken als gemeinfrei[1313]

[1302] § 1.124 ASA.

[1303] §§ 1.126, 3.5(a)(i) ASA, Recht, einen Titel vollständig aus dem GBS auszunehmen, d.h. eine digitale Kopie und/oder deren Nutzung durch Google zu beenden, wobei der Umfang von Fristen abhängig ist, zu denen das Recht ausgeübt werden muss. Dafür gelten gemäß § 1.126(b) ASA zwei Ausnahmen, nämlich erstens für die Bereitstellung digitaler Kopien an Fully Participating Libraries und Host Sites und zweitens zur Nutzung durch Google selbst als Host Site nach § 7(d)(ii) ASA.

[1304] §§ 3.5(b)(i), (a)(i) ASA, Recht, ein Buch oder Teil davon von Display Use, Revenue Models und Book Annotation Sharing Feature auszuschließen.

[1305] § 3.2(e)(i) ASA.

[1306] § 3.2(d) (i) ASA.

[1307] § 3.2(e) (i) ASA.

[1308] § 3.2(d) (ii) ASA.

[1309] § 3.2(d)(i) ASA.

[1310] § 3.2(d)(iii) ASA.

[1311] § 3.2(d)(iii) ASA.

[1312] § 3.2(d)(ii) ASA.

[1313] § 3.2(d)(v)(1) ASA.

- Recht, Google zu informieren, dass es sich bei einem Werk nicht um ein Public Domain Werk handelt, für das die sog. Safe Harbor Regel Anwendung findet[1314]
- Recht, Google anzuweisen, ein Buch als Display Book einzustufen[1315]
- Recht, die Einstufung eines Werks als gemeinfrei anzugreifen[1316]
- Suche nach dem Rechtsinhaber innerhalb von 120 Tagen nach Änderungsverlangen von Google zum Display Book[1317] sowie Abwicklung des Vorgangs bei Auf- bzw. Unauffindbarkeit[1318]
- Bereitstellung von Hyperlinks zur Website des Autors an Google[1319]
- Entgegennahme der Mitteilung von Rechtsinhaber bzgl. Wechsel von Display Book auf Non-Display Book[1320]
- Wechsel der Einstufung als Display/Non-Display Book nach Information durch Rechtsinhaber[1321]
- Entgegennahme der Ausübung des Rights to Remove und Weiterleitung an Google[1322]
- Entgegennahme der Anweisung des Rechtsinhabers zum Right to Exclude[1323] und Weiterleitung an Google
- Ausübung des Verzichts gemeinsam mit Google für das Coupling Requirement[1324]
- Ausübung von Take Down und Transfer Request[1325]
- Weiterleitung einer Counter-Notice[1326] an Google[1327]

[1314] § 3.2(d)(v)(2) ASA.
[1315] § 3.2(e)(i) ASA.
[1316] § 3.2(e)(ii) ASA.
[1317] § 3.2(e)(ii) ASA.
[1318] § 3.2(e)(ii) ASA; ist der Rechtsinhaber innerhalb der 120 Tage nicht auffindbar, darf Google das Buch als Display Book einstufen, §§ 3.2(e)(ii), 3.5 ASA.
[1319] § 3.3(f) ASA.
[1320] § 3.3(e) ASA.
[1321] §§ 3.4(b), 3.2(i) ASA.
[1322] § 3.5(a)(i) ASA.
[1323] § 3.5(b)(i) ASA.
[1324] § 3.5(b)(v) ASA.
[1325] § 3.5(c)(ii)(1) ASA.

- Benachrichtigung zur Einstellung von Display Use und Non-Display Use, wenn Google Contemplated Right Holder Services nicht oder nicht mehr innerhalb von 5 Jahren nach Inkrafttreten des ASA ausführt und dazu keine Kompensation bietet[1328]
- Suche nach einem anderen Anbieter, wenn Google Contemplated Right Holder Services nicht mehr anbietet sowie Zustimmung einer Abrede mit diesem neuen Anbieter[1329][1330]
- Entgegennahme von Information, wenn Google Bücher vom Display Use ausschließt, sowie Erhalt der digitalen Kopie des ausgeschlossenen Werks und Möglichkeit zur Vereinbarung mit Third-Party Required Library Services Provider für Display Use[1331]
- Benachrichtigung von Google über verbotene Verlinkungen und Abschluss einer Erlaubnis darüber mit Google[1332]
- Bestimmung in Absprache mit Unclaimed Works Fiduciary, ob animierte, Sprach- oder Videowerbung um Unclaimed Works platziert werden darf
- Kein Recht, auch nicht gemeinsam mit Rechtsinhaber, Dritte zur Nutzung von digitalen Kopien zu berechtigen, außer in vorgesehen Fällen[1333]
- Bestätigung an Google, dass es sich bei dem Rechtsinhaber, der sich mit Anweisungen an Google wendet, um einen Rechtsinhaber nach dem APP handelt und Google die Anweisung nach ASA und APP ausführen darf[1334]
- Zustimmung zum Remote Access für Schulen, Regierung und Öffentlichkeit[1335]
- Abstimmung mit Google, ob ein Buch als „Fiction“ einzustufen ist[1336]

[1326] § 3.5(c)(i)(1) ASA.
[1327] § 3.5(c)(ii)(3) ASA.
[1328] § 3.7(b) ASA.
[1329] § 3.7(c) ASA, sogenannter Additional Contemplated Rightsholder Services Provider.
[1330] § 3.7(c) ASA.
[1331] §§ 3.7(e), (e)(i) ASA.
[1332] § 3.10(b) ASA.
[1333] § 3.12 ASA.
[1334] § 3.13 ASA.
[1335] § 4.1(a)(iv)(3)(4)(5) ASA.
[1336] § 4.3(b)(i)(1) ASA.

- Genehmigung von Copy/Paste-, Print- oder Book-Annotations-Funktionen als Teil des Preview Use[1337]
- Recht zur Entwicklung eines Mechanismus für Rechtsinhaber für eine Fixed Preview[1338]
- Recht, Büchern aus Attachement F mit Fixed Preview in Preview Modus zu ändern[1339]
- Beendigung Preview Use bei Anweisung eines Rechtsinhabers anbieten[1340]
- Änderung von Attachment F, um Bücher von No Preview zu anderem Preview Use ändern[1341]
- Recht, für Google weiterer Preview-Use-Arten zur höheren Gewinnerzielung zu testen[1342]
- Änderung von Attachment F für Buchkategorie und deren Preview-Use-Abstimmung entsprechend Testergebnissen[1343]
- Änderung der Preview-Use-Abstimmung aus Attachment F für einzelnes Buch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes[1344]

2. Zahlungen und Preisfindung:

- Vereinnahmung von Einkünften von Google und Ausschüttung nach dem Verteilungsplan (Plan of Allocation[1345])[1346]
- Festsetzung des Preises für Institutional Subscriptions[1347]

[1337] § 4.3(b)(i)(3) ASA.
[1338] § 4.3(b)(iii) ASA.
[1339] § 4.3(e)(i) ASA.
[1340] § 4.3(a) ASA.
[1341] § 4.3(e)(ii) ASA.
[1342] § 4.3(e)(ii) ASA.
[1343] § 4.3(e)(iii) ASA.
[1344] § 4.3(3)(iv) ASA.
[1345] „The Plan of Allocation sets forth the plan of allocating payments Google makes to or for the benefit of Registered Rightsholders under Sections 4.1 (Institutional Subscriptions), 4.2 (Consumer Purchases), 4.4 (Advertising Revenue Model), 4.7 (Additional Revenue Models), 4.8 (Public Access Service) and 5.1 (Cash Payment to Class Member Whose Books and Inserts Have Been Digitized).“
[1346] § 2.1(a) ASA.
[1347] § 4.1(ii) ASA.

- Festlegung von weiteren FTE[1348]-Preisbändern gemeinsam mit Google[1349]
- Genehmigung der Pricing Strategy[1350]
- Genehmigung von Rabatten, die Google erteilen möchte[1351]
- Festlegung des Zeitraums der von Google vorgeschlagenen anfänglichen Preisgestaltungsstrategie und Verhandlung/Zustimmung zu Nachfolgeregelungen[1352]
- Vorschlag zur Änderung der aktuellen Preisgestaltungsstrategie[1353]
- Genehmigung von Zwischenhändlern zum Verkauf von IS[1354]
- Entgegennahme der Anweisung der Rechtsinhaber, Werk ohne Gebühren bereitzustellen[1355]
- Entgegennahme von individuellen Preisgestaltungen der Rechtsinhaber[1356]
- Nachverhandlung von Pricing Bins[1357] nach drei Jahren ab Inkrafttreten und alle weiteren vier Jahre[1358]
- Überprüfung der Ergebnisses des Pricing Algorithm durch Experten[1359]
- Vereinnahmung Net Purchase Revenue und Net Advertising Revenue i. H. v. jeweils 70 %[1360]
- Erteilung einer Genehmigung an Google, Bücher zum Sonderpreis zu vertreiben, soweit Rightsholder/Unclaimed Works Fiduciary entsprechender Benachrichtigung nicht widersprochen hat[1361]
- Genehmigung zusätzlicher Rabatte auf IS[1362]

[1348] Full Time Equivilancy, § 4.1(a)(iii)(1) ASA.
[1349] § 4.1(a)(6) ASA.
[1350] § 4.1(a)(vi)(4)f)a) ASA.
[1351] § 4.1(a)(vi)(1)e) ASA.
[1352] §§ 4.1(a)(vi)(3)(4)a)(b), 4.1(a)(viii)(1) ASA.
[1353] § 4.1(a)(viii)(2) ASA.
[1354] § 4.1(c) ASA.
[1355] § 4.2(a)(i) ASA.
[1356] § 4.2(b)(ii).
[1357] Vordefinierter Festpreis, z. B. $ 1.99 $, 2.99 $, 19.99 $, § 4.2(c)(i) ASA.
[1358] § 4.2(c)(i) ASA.
[1359] § 4.2(c)(ii)(3) ASA.
[1360] § 4.5(a)(i)(ii) ASA.
[1361] § 4.5(b)(ii) ASA.

- Entscheidung, ob Google einzelnen Rechtsinhabern Rabatte auf Consumer Subscriptions gewährt[1363]
- Vereinnahmung aller Zahlungen von Google nach Article IV des ASA[1364]
- Zahlung der fälligen Steuern und Gebühren[1365]
- Auditrecht zur Prüfung der Zahlungen bei Google[1366]
- Verhandlung von Additional Revenue Models[1367] mit Google[1368]
- Erlaubniserteilung für die Zurverfügungstellung (weiterer) kostenloser Terminals in öffentlichen Bibliotheken[1369]
- Preisfestsetzung für Ausdrucke[1370]
- Zustimmung zur Vergabe eines kostenfreien oder gebührenpflichten Additional Public Access Service[1371]
- Vereinbarung mit Google über die Einführung von Commercial Public Access Service[1372]
- Nachverhandlungsrecht für alle zusätzlichen Einnahmemodelle nach drei Jahren ab Inkrafttreten und sodann im Vier-Jahres-Turnus[1373]
- Auszahlung von Einnahmen an die Rechtsinhaber, die die Registry im Rahmen des Article IV Economic Terms for Google's Use of Books erhält[1374]
- Zahlung aus dem Settlement Fund entsprechend des Plans of Allocation[1375]

1362 § 4.5(b)(iv) ASA.
1363 § 4.5(b)(vii) ASA.
1364 § 4.6(a) ASA.
1365 § 4.6(d) ASA.
1366 § 4.6(e) ASA.
1367 Alle anderen Einnahmemodelle, also Institutional Subscriptions, Consumer Purchases, Advertising Uses, Public Access Service, die Google und die Registry nach § 4.7 ASA vereinbaren.
1368 §§ 1.133, 4.7 ASA.
1369 § 4.8(a)(i)(3) ASA.
1370 § 4.8(a)(ii) ASA.
1371 § 4.8(a) (iii) ASA.
1372 § 4.8(b) ASA.
1373 § 4.9 ASA.
1374 § 5.4 ASA.
1375 § 5.4 ASA.

3. Rechtevergabe an Dritte:

- Recht, Nutzungsrechte an Dritte, d.h. nicht Google, zu lizenzieren[1376]

4. Unclaimed Funds:

- Verwaltung von Unclaimed Funds[1377]
- Suche nach den Rechtsinhabern von Unclaimed Books unter Verwendung des Unclaimed Funds[1378]
- Genehmigung der begünstigten Institutionen bei Ausschüttung von Teilen des Unclaimed Funds nach 10 Jahren[1379]
- Verteilung von aufgegebenen Einnahmen an die zuständige staatlichen Stellen[1380]
- Verteilung oder Rückzahlung fälschlicherweise vereinnahmter Zahlungen für gemeinfreie Bücher an Google (Public Domain Funds)[1381]
- Aufbewahrung von Aufzeichnungen über die Ausschüttung von Unclaimed Funds und Public Domain Funds sowie Jahresreport[1382]
- Duldungspflicht für Audit durch Google bzgl. Ausschüttungen von Unclaimed Funds und Public Domain Funds[1383]

5. Informationspflichten:

- Pflicht, Google Zugang zu Daten zu gewähren, die Google benötigt, um seine Pflichten aus dem ASA zu erfüllen[1384]
- Pflicht, den Fully Participating Libraries Zugang zu Daten zu gewähren, die sie benötigen, um ihre Pflichten aus dem ASA und ihrem Library Registry Agreement zu erfüllen[1385]

[1376] § 6.2(b)(i)(iii) ASA.
[1377] § 6.3(a)(i)(1) ASA.
[1378] § 6.3(a)(i)(2) ASA.
[1379] § 6.3(a)(i)(3) ASA.
[1380] § 6.3(a)(ii) ASA.
[1381] § 6.3(b) ASA.
[1382] § 6.3(c) ASA.
[1383] § 6.3(d) ASA.
[1384] §§ 6.5(a), (c) ASA.

- Informationsrecht für Googles Voraussetzung zu Required Library Services[1386]

- Informationsrecht für alle Daten, die notwendig sind, um den Pflichten aus dem ASA nachzukommen[1387]

- Pflicht, Google diverse Informationen zu liefern, u. a. über Liste und Status (Art. III, § 4.2(b)(1)(i) der Bücher, Identität der Rechtsinhaber, Metadatenberichtigung, Urheberrechtsstatus eines Buchs

- Bereitstellung einer Liste mit registrierten Werken für die Öffentlichkeit[1388]

6. Allgemeine Vollmacht:

- Fiktion der Vollmachterteilung von Klägern und Rechtsinhabern an die Registry, um alle Rechte und Pflichten nach dem ASA in Bezug auf die Beziehung zu Google, Fully Participating Libraries, Cooperating Libraries und Public Domain Libraries wahrzunehmen[1389]

- Keine Berechtigung Books vom Display oder Non-Display Use oder anderen Nutzngen entgegen ausdrücklichen Willen des Rechtsinhaber auszuschließen[1390]

[1385] § 6.5(b) ASA.
[1386] § 6.6(a)(iv) ASA.
[1387] § 6.6(a)(vii) ASA.
[1388] § 6.6(e) ASA.
[1389] § 6.7 ASA.
[1390] § 6.7 ASA.

Anhang C

§ 5 Wahrnehmungsvertrag VG Wort[1391]

1. Satzung, Verteilungspläne und Inkassoauftrag für das Ausland, auch soweit sie zukünftig geändert werden sollten, sind Bestandteil dieses Vertrags.

2. Beschließt die Mitgliederversammlung in Zukunft Änderungen oder Ergänzungen des Wahrnehmungsvertrags oder des Inkassoauftrags für das Ausland, so gelten diese als Bestandteil dieses Vertrags; dies gilt insbesondere auch für zur Zeit des Vertragsabschlusses noch nicht bekannte Nutzungsarten. Änderungen oder Ergänzungen sind dem Berechtigten schriftlich mitzuteilen. Die Zustimmung des Berechtigten zur Änderung oder Ergänzung gilt als erteilt, wenn er nicht binnen sechs Wochen seit Absendung ausdrücklich widerspricht; auf diese Rechtsfolge ist er in der Mitteilung hinzuweisen.

3. Beschließt die Mitgliederversammlung, dass einzelne Rechte oder Ansprüche gemäß § 1 des Wahrnehmungsvertrags oder gemäß des Inkassoauftrags für das Ausland zukünftig nicht mehr von der VG WORT wahrgenommen werden, so wird dieser Vertrag dadurch geändert. Die Änderung ist dem Berechtigten schriftlich mitzuteilen und wird zu dem im Beschluss der Mitgliederversammlung bestimmten Zeitpunkt wirksam, frühestens jedoch sechs Wochen nach Absendung der Mitteilung. Die Rechte und Ansprüche fallen zu diesem Zeitpunkt an den Berechtigten zurück, ohne dass es einer besonderen Rückübertragung bedarf. Ein Widerspruchsrecht besteht in diesem Fall nicht.

[1391] Wahrnehmungsvertrag VG Wort, Fassung vom 24.5.2014, abrufbar unter: http://www.vgwort.de/fileadmin/pdf/wahrnehmungsvertrag/Vertrag_Urheber_Muster.pdf (Stand: Juli 2014).

Anhang D[1392]

Sehr geehrte Wahrnehmungsberechtigte der VG WORT,

dieser Wortreport steht ganz im Zeichen der Beschlüsse der Mitgliederversammlung vom 23. Mai 2009 zur „Google-Vergleichsvereinbarung". Diese Vereinbarung zwischen den amerikanischen Autoren- und Verlegerverbänden und Google betrifft bekanntlich auch die Rechte von deutschen Autoren und Verlagen in den USA. Noch ist zwar ungewiss, ob die Vereinbarung von dem zuständigen US-Gericht abschließend gebilligt wird. Dessen ungeachtet ist es vor dem Hintergrund knapper Fristen zwingend erforderlich, eine Rechtewahrnehmung durch die VG WORT weiter vorzubereiten.

Die Mitgliederversammlung hat beschlossen, dass die VG WORT bestimmte Rechte im Zusammenhang mit der Google-Vergleichsvereinbarung wahrnehmen soll. Eine entsprechende Wahrnehmung setzt aber noch eine Beteiligung der Autoren und Verlage voraus.

Nachfolgend finden Sie die Änderungen des Wahrnehmungsvertrags und des Inkassoauftrags für das Ausland nebst Erläuterungen.

Wir weisen darauf hin, dass Ihre Zustimmung zu diesen von der Mitgliederversammlung beschlossenen Änderungen des Wahrnehmungsvertrags und des Inkassoauftrags für das Ausland als erteilt gilt, wenn Sie nicht binnen 6 Wochen seit Absendung dieses Wort Reports ausdrücklich widersprechen (§ 5 des Wahrnehmungsvertrags).

Mit besten Grüßen

Ihre VG WORT

1392 *VG Wort*, Wortreport, August 2009, abrufbar unter: http://www.vgwort.de/fileadmin/wortreport/Wort_Report2009.pdf (Stand: Juli 2014).

Anhang E

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d Urh-WahrnG	Änderung WV VG Wort
Ziel	Vergleich Rechtsstreit	Lösung Archiv-problem	Nutzbarkeit verwaister Werke	Nutzbarkeit vergriffener Werke	Aktualisierung Portfolio VG Wort
Legislativ	NEIN	JA (D)	JA (EU)	JA (EU)	NEIN
Massennutzung	JA	JA	JA	JA	JA
Transaktionskos-tenproblem	JA (Recherche)	JA (Recherche)	JA (Recherche)	JA (Recherche/ Vertragskosten)	JA (Vertragskosten)
Ausgelöst durch	Opt-In	(erneutes) Opt-In	Opt-In	Opt-In	(erneutes) Opt-In
Wirtschaftliche Verwertung findet nicht oder nicht vollumfänglich statt	JA	NEIN	NEIN	NEIN	NEIN
Allgemeininteres-se	NEIN	JA	JA	JA	NEIN
Urheber	Heterogen (strikte Ableh-nung bis Koope-ration)	Contra (gegen Zwangs-digitalisierung)	Contra	Contra	Heterogen
Verwerter	Heterogen (wie Urheber)	Pro (Gewinn an Rechten, Rechts-sicherheit)	Contra	Contra	Heterogen
Allgemeinheit	Pro (Nutzung der Dienste)	Pro (Digitalisierung/ Werkzugang)	Pro	Pro	Pro
Stichtagsregelung	JA	JA	JA	JA	NEIN
Anknüpfung Stichtag nur an Urheberrechts-schutz	JA	NEIN	JA	JA	NEIN
Betroffener	Urheber, Lichtbildner, Verfasser wiss. Ausgaben, Presseverleger und Rechtsin-haber	Urheber, Licht-bildner und Verfasser wiss. Ausgaben, Tonträgerherstel-ler, Presseverle-ger und Rechtsin-haber ausschließ-licher Lizenzen	Urheber, Tonträgerher-steller, Filmher-steller, Lauf-bildhersteller, Sendeunter-nehmen, Presseverleger oder Rechtsin-haber	Urheber, Licht-bildner, Verfasser wiss. Ausgaben, Presse-verleger und Rechtsinha-ber ohne WV	Wahrnehmungs-berechtigte und Mitglieder der VG Wort
Begünstigter	Google, Inc.	Ursprünglicher Verwerter	„Einrichtungen" mit Sitz in EU-Mit-gliedsstaaten	VG Wort, VG Bild-Kunst	VG Wort

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d Urh-WahrnG	Änderung WV VG Wort
Anwendungsbereich folgt aus	FRCP, ASA	UrhG	Erfasster Werkkategorie	Erfasster Werkkategorie	Wahrnehmungsbereich VG Wort
Gewinnorientiert	JA	JA	NEIN	NEIN	NEIN
Gemeinwohl-orientiert	NEIN	NEIN	JA	NEIN	NEIN
Lizenzerwerb f. Dritte möglich	NEIN	JA	JA	JA (ausdrücklich)	JA
Gewinnerzielung f. Dritte möglich	./.	JA	NEIN	NEIN	JA
Räuml. Anwendungsbereich	USA	Deutschland	EU	Deutschland	Deutschland
Beschränkung durch	Definition im ASA	Urheberrechtsstatut	Territorialitätsprinzip	Territorialitätsprinzip	Territorialitätsprinzip, Erlaubnisbescheid
Werkkategorie	Analoge, in Papier gebundene Schriftwerke; periodische Druck-erzeugnisse; persönliche Schriften und selbständige geschützte Texte; Tabellen und Graphen, soweit beim Copyright Office registriert (nicht: Fotografien, Illustrationen, Karten, Bilder und Notensätze) (Entspricht: § 2 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 7 UrhG)	Werkneutral ausgestaltet (§ 2 Abs. 1 UrhG)	Sprachwerke; Film- und audiovisuelle Werke und Tonträger; Film- oder audiovisuelle Werke und Tonträger, die von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten produziert wurden; Eingebettete Werke im Bestand der Einrichtungen. (Entspricht § 2 Abs. 1 UrhG)	Printwerke im Bestand von öffentlich zugänglichen Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen, Archiven und von im Bereich des Tonerbes tätigen Einrichtungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4, 5, 7 UrhG)	Sprachwerke und Darstellungen wissenschaftlicher und technischer Art, einschließlich entsprechender Lichtbildwerke (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG) und Lichtbilder (§ 72 UrhG), die vom Verfasser des Sprachwerkes für dieses geschaffen sind (§ 2 Abs 1 Nr. 1, 4, 5, 7 UrhG)
Betroffene Rechte	Nutzungsrechte für Google zum Data- und Text-Mining, Kopieren und zur öffentlichen Wiedergabe und Ver-breitung digitaler Kopien und zum Zu-	Vormals unbekannte Nutzungsarten, Zeitpunkt des ursprünglichen Vertragsschlusses maßgeblich	Öffentliche Zugänglichmachung und Vervielfältigung	Öffentliche Zugänglichmachung und Vervielfältigung	Alle unbekannten Nutzungsarten zum Zeitpunkt des Abschlusses des Wahrnehmungsvertrags

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d Urh-WahrnG	Änderung WV VG Wort
	gang für Bildungseinrichtungen				
Nutzungsrecht folgt aus	Class Action Settlement	Übertragungsfiktion	Waisenstatus	Wahrnehmungsbefugnis	Einbeziehungsklausel
Voraussetzungen	Class-Member-Eigenschaft	Übertragung aller wesentlicher Nutzungsrechte, räumlich und zeitlich unbeschränkt	Umfassende Recherche	Werk vergriffen, Registrierung im Register nötig	Nach Zeitablauf von 6 Wochen nach Erhalt der Benachrichtigung über die Änderung der Wahrnehmungsbefugnis für VG Wort für jeweilige Nutzungsart
Umfang	Nutzungsumfang entscheidet sich nach Recherche, ob Werk im Handel verfügbar ist; Recherche erfolgt mittels öffentlich zugänglicher Informationen in Datenbanken Dritter in USA, Kanada, UK und Australien und im Internet	Umfang und Art sind am ursprünglichen Vertrag auszurichten; nur einfache Nutzungsrechte, die dem ursprünglichen Vertrag qualitativ und quantitativ entsprechen	Vervielfältigung begrenzt auf Digitalisierung, Zugänglichmachung, Indexierung, Katalogisierung, Bewahrung oder Restaurierung; strikte Gemeinwohlorientierung; Kostendeckungsprinzip	Nutzung nur zu nicht-gewerblichen Zwecken	Treuhänderische Wahrnehmung der VG Wort
Bekanntmachung der Nutzung/ Nutzungsrechtseinräumung	JA Benachrichtigung nach FRCP und Eintragung des Status bei Registry	Teilweise Individuelle Benachrichtigung	JA Dokumentation und Sendung an staatliche Stelle nötig	JA Bekanntmachung im Internet	JA Individuelle Benachrichtigung
Zeitliche Begrenzung der Nutzungsrechtseinräumung	NEIN	NEIN	NEIN	NEIN	NEIN
Territoriale Begrenzung	USA	Deutschland	EU	Deutschland	Deutschland
Kollektivierung	JA	JA	NEIN	JA	JA
Beteiligte Institutionen	Books Rights Registry, Unclaimed Works Fiduciary für Orphan Works	Alle Verwertungsgesellschaften	Private Einrichtungen	VG Wort, VG Bild-Kunst	VG Wort

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d Urh-WahrnG	Änderung WV VG Wort
Rechtsgeschäft mit VG/WV	NEIN	Evtl.	./.	NEIN	JA
Wahrnehmung von Rechten	JA	NEIN	./.	JA	JA
Lizenzvergabe an Dritte	NEIN, aber geplant	NEIN	./.	JA	JA
Erstverwertung betroffen	JA	JA	./.	JA	JA
Preisfestsetzung	Algorithmisch oder individuell	Tarif	./.	Tarif	Tarif
Ausschüttung	Verteilungsplan und individuell für sog. Consumer Purchase	Verteilungsplan	./.	Verteilungsplan	Verteilungsplan
Zugang für die Allgemeinheit	JA	NEIN	JA	JA	JA
Opt-Out-Recht	JA ausdifferenzierte Möglichkeiten nach ASA und ges. nach FRCP	JA	JA	JA	JA
Rechtsfolge des Opt-Out	Kein Class Member = Opt-In	Keine Übertragungsfiktion = Opt-In	Keine Nutzungserlaubnis, Entschädigung = Opt-In	Ende Wahrnehmungsvermutung = Opt-In	Keine Einbeziehung = individuelle Verwertung
Wirkung	Ex tunc	Ex nunc	Ex nunc	Ex nunc	Ex nunc
Rechtsgeschäftliche Verknüpfung	NEIN (res iudicata)	JA	NEIN	NEIN	JA
Notifizierung über Recht	JA	Ggf.	NEIN	NEIN	JA
Notifizierung durch	Dritten	Begünstigten	./.	Dritten (nur Bekanntmachung)	Begünstigen
Fristgebunden	JA	JA	NEIN	NEIN	JA
Frist knüpft an	Gerichtsbeschluss	Gesetz/Benachrichtigung	./.	./.	Benachrichtigung
Form	Keine (optional Widerspruchsformular)	Keine	Keine	Keine	Keine
Empfänger	Settlement Administrator	Begünstigter	./.	DPMA	Begünstigte (VG Wort)
Nutzungsrechte vor Fristablauf	NEIN	NEIN	./.	./.	NEIN
Ausübung mehrere Rechtsinhaber	Urheber einzeln nach FRCP (gemeinsam nach ASA)	Jeder Urheber/ Rechtsinhaber	./.	Jeder Rechtsinhaber	Wahrnehmungsberechtigte

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d Urh-WahrnG	Änderung WV VG Wort
Gesetzlich/ vertraglich	Gesetzlich und vertraglich	Gesetzlich	Gesetzlich	Gesetzlich	Vertraglich
Beschränkung des Urheber-rechts	JA	JA	JA	JA	NEIN
Beschränkung durch	Nutzungs-rechtseinräu-mung an Google	Nutzungsrechts-einräumung	Verlust Verbots-recht	Zwang zur Wahr-nehmung durch VG	./.
Urheberrechtliche Schranke	NEIN	JA	JA	NEIN	NEIN
Art/ Wirkungsweise	Res-iudicata-Effekt	Hybrid aus Übertragungsfikti-on und Verwer-tungsgesell-schaftspflichtigkeit	Auflösend bedingte gesetz-liche Lizenz	Widerlegliche Vermutung	Fingierte Erklä-rung
Prüfungsmaßstab	FRCP/Case Law (Grinell Factors), Konventions-recht	Grundgesetz, InfoSoc-RL, Konventionsrecht	GRC/EMRK, InfoSoc-RL, Konventions-recht nur auslegungslei-tende Wirkung	Grundgesetz, keine Schranke im Sinne InfoSoc-RL, Konventionsrecht	BGB
Eingriff/ Konflikt mit	„identical factual predicate", claim release	Art. 14 GG (Ersetzung Verwertungsrecht mit Vergütungs-anspruch, Rück-wirkung Schran-kenkatalog InfoSoc-RL)	Art. 17 GRC, Art. 1 EMRK-ZP-1 (Nutzungs-regelung)	Art. 14 GG (individuelle Verwertung gesetzlich durch kollektive Verwer-tung ersetzt)	AGB (fingierte Erklä-rung, Transpa-renzgebot)
Vergütung	JA (teilweise individuell, aber zu teilen mit Google)	JA (angemessen, nach Tarif)	JA (gerechter Ausgleich)	JA (angemessen, nach Tarif)	JA (Verteilungsplan)
Eingriffsintensität	Hoch	Mittel	Gering	Gering	Gering
Wirksamkeit	NEIN	JA (bei verfassungs-konformer Ausle-gung)	JA	JA	JA (teilweise unwirk-sam)
Grund	Vergleichsinhalt geht über Streitgegen-stand hinaus	Verfassungskon-forme Auslegung ermöglicht Ver-hältnis-mäßigkeit	Schmaler und temporärer Anwendungsbe-reich, Vergü-tung, jederzeiti-ges Wider-spruchsrecht	Verfassungskon-forme Auslegung, EU-Anforderung analog ECL eingehalten	Intransparenz
Gerichtlich festgestellt	JA	Teilweise	NEIN	NEIN	NEIN (vergleichbare Fälle liegen vor)

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d Urh-WahrnG	Änderung WV VG Wort
Vereinbarkeit mit Konventionsrecht	NEIN	NEIN	JA	JA	./.
Grund	Formalitäten-verbot	Formalitätenver-bot	Kein Verstoß gegen Formali-tätenverbot, vereinbar mit Drei-Stufen-Test	Kein Verstoß gegen Formalitä-tenverbot, verein-bar mit Drei-Stufen-Test	./.
Profiteure	(Hypothetisch) Google, Inc.; Allgemeinheit	Verlage	Allgemeinheit	Verwertungs-gesellschaft	VG Wort, Rechts-inhaber
Ziel	Google	Allgemeinheit	Allgemeinheit	Allgemeinheit	Rechtsinhaber
Werkzugang für Allgemeinheit sichergestellt	NEIN	NEIN	JA	JA	JA
Verwertung sichergestellt	NEIN	NEIN	NEIN	NEIN	NEIN

Anhang F

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d Urh-WahrnG	Änderung WV VG Wort
Prüfungsparameter I					
Ziel		X	X	X	
Legislativ		X	X	X	
Massennutzung	X	X	X	X	X
Transaktionskostenproblem	X	X	X	X	X
Ausgelöst durch Opt-In	X	X	X	X	X
Wirtschaftliche Verwertung findet nicht oder nicht vollumfänglich statt		X	X	X	X
Allgemeininteresse		X	X	X	
Prüfungsparameter II					
Urheber	O	X	X	X	O
Verwerter	O		X	X	O
Allgemeinheit	X	X	X	X	X
Prüfungsparameter III					
Stichtagsregelung	X	X	X	X	
Anknüpfung Stichtag nur an Urheberrechts-schutz	X	O	X	X	O
Betroffener	X			X	
Begünstigter				X	X
Anwendungsbereich folgt aus			X	X	
Gewinnorientiert	O	O	X	X	X
Gemeinwohlorientiert	X	X		X	X
Lizenzerwerb für Dritte möglich		X	X	X	X
Gewinnerzielung für Dritte möglich		O	X	X	O
Räumlicher Anwendungsbereich		X		X	X
Beschränkung durch		X	X	X	X
Werkkategorie					
Betroffene Rechte			X	X	
Nutzungsrecht folgt aus					
Voraussetzungen					
Umfang					
Bekanntmachung der Nutzung /Nutzungsrechtseinräumung	X		X	X	X
Zeitliche Begrenzung der Nutzungsrechtsein-räumung	X	X	X	X	X

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d Urh-WahrnG	Änderung WV VG Wort
Territoriale Begrenzung		X		X	X
Kollektivierung	X	X		X	X
Beteiligte Institution					
Rechtsgeschäft mit VG/WV					
Wahrnehmung von Rechten	X			X	X
Lizenzvergabe an Dritte	X	X		O	O
Erstverwertung betroffen	X	X		X	X
Preisfestsetzung		X		X	X
Ausschüttung		X		X	X
Zugang für die Allgemeinheit	X		X	X	X
Opt-Out-Recht	X	X	X	X	X
Rechtsfolge	X	X	X	X	X
Wirkung	X	X	O	O	X
Rechtsgeschäftliche Verknüpfung	X	O	X	X	O
Notifizierung über Recht	X		O	O	X
Notifizierung durch	X	O		X	O
Fristgebunden	X	X	O	O	X
Frist knüpft an		X			X
Form	X	X	X	X	X
Empfänger		X			X
Nutzungsrechte vor Fristablauf	X	X			X
Ausübung mehrere Rechtsinhaber	X	X		X	X
Prüfungsparameter IV					
Gesetzlich/vertraglich		X	X	X	
Beschränkung des Urheberrechts	X	X	X	X	
Beschränkung durch	X	X			
Urheberrechtliche Schranke	X	O	O	X	X
Art/Wirkungsweise					
Prüfungsparameter V					
Prüfungsmaßstab	X	O		O	X
Eingriff/Konflikt mit		X	X	X	
Vergütung	X	X	X	X	X
Eingriffsintensität			X	X	X
Wirksamkeit		X	X	X	X
Grund		X		X	X
Gerichtlich festgestellt			X	X	X
Vereinbarkeit mit Konventionsrecht	X	X	O	O	

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d Urh-WahrnG	Änderung WV VG Wort
Grund	X	X	O	O	
Prüfungsparameter VI					
Profiteure					
Ziel		X	X	X	X
Werkzugang für Allgemeinheit sichergestellt	O	O	X	X	X
Verwertung sichergestellt	X				
Übereinstimmungen	37	48	40	55	46

Anhang G

	GBS	§ 137l UrhG	RLOW	§ 13d Urh-WahrnG	Änderung WV VV Wort
GBS	-	23	13	21	23
§ 137l UrhG	23	-	22	31	29
RLOW	13	22	-	39	20
§ 13d UrhWahrnG	21	31	39	-	33
Änderung WV VG Wort	23	29	20	33	-

Literaturverzeichnis

Ahlberg, Hartwig/Götting, Horst-Peter (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, 1. Aufl., München 2014 (zitiert: BeckOK UrhG/*Verfasser*).

Ann, Christoph, Die idealistische Wurzel des Schutzes geistiger Leistungen, GRUR Int. 2004, 597.

Band, Jonathan, The Google Library Project: Both Sides of the Story, Plagiary: Cross-Disciplinary Studies in Plagiarism, Fabrication and Falsification, 2006.

— The Long and Winding Road to the Google Books Settlement, The John Marshall Review of Intellectual Property, 2009, 227.

— The Book Rights Registry in the Google Book Settlement, Columbia Journal of Law & the Arts 34, (2011), 671.

Bechtold, Stefan, Vom Urheber- zum Informationsrecht, Implikationen des Digital Rights Management, München 2002.

— Optionsmodelle und private Rechtssetzung im Urheberrecht am Beispiel von Google Book Search, GRUR Int. 2010, 282.

Becker, Jürgen/Melichar, Ferdinand, Die Wahrnehmung von Urheberrechten an Sprachwerken, Symposion für Ferdinand Melichar zum 60. Geburtstag, Baden-Baden 1999.

Beier, Friedrich-Karl/Kraft, Alfons/Schricker, Gerhard/Wadle, Elmar (Hrsg.), Gewerblicher Rechts-schutz und Urheberrecht in Deutschland, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift, Weinheim, New York 1991.

Berberich, Matthias/Kilian, Robert, Zur individuellen Nachlizenzierung und Wahrnehmung von Rechten an unbekannten Nutzungsarten i. S. d. § 137l UrhG, ZUM 2013, 542.

Berger, Christian, Verträge über unbekannte Nutzungsarten nach dem „Zweiten Korb", GRUR Int. 2005, 907.

Bergmann, Jan Michael (Hrsg.), Handlexikon der Europäischen Union, 4. Aufl., Basel 2011.

Beuchler, Holger, Class Actions und Securities Class Actions in den Vereinigten Staaten von Amerika, Baden-Baden 2008.

Bing, Friederike, Die Verwertung von Urheberrechten, Eine ökonomische Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Lizenzvergabe durch Verwertungsgesellschaften, Berlin 2002.

Bluntschli, Johann Caspar, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 3. Aufl., Berlin 1853.

Bodewig, Theo/Dreier, Thomas/Götting, Horst-Peter/Haedicke, Maximilian/Lehmann, Michael/Ohly, Ansgar (Hrsg.), Perspektiven des geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts, Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005.

Borghi, Maurizio/Karapapa, Stavroula, Non-display uses of copyright works: Google Books and beyond, Queen Mary Journal of Intellectual Property 1, 2011, 21.

— Copyright and Mass Digitization, A cross-jurisdictional perspective, Oxford 2013.

Boytha, György, Whose Right is Copyright?, GRUR Int. 1983, 379.

Bracha, Oren, Standing Copyright Law on Its Head? The Googlization of Everything and the Many Faces of Property, Texas Law Review 85, 2007, 1799.

Brauner, Frank, Das Haftungsverhältnis mehrerer Lizenznehmer eines Filmwerks innerhalb einer Lizenzkette bei Inanspruchnahme aus § 32a UrhG, ZUM 2004, 96.

Brehmer, Nikolaus, Wille und Erklärung, Zu Geltungsgrund, Tatbestand und Zurechnung der Willenserklärung, Baden-Baden 1992.

Breinersdorfer, Fred, Thesen zum Problem der Behandlung unbekannter Nutzungsarten für urheberrechtlich geschützte Werke aus Sicht von Autoren und Produzenten, ZUM 2007, 700.

Büllesbach, Alfred, Wem gehört die Information im 21. Jahrhundert? Proprietäre versus nicht proprietäre Verwertung digitaler Inhalte, Informationstechnik und Recht, Bd. 13, Köln 2004.

Calabresi, Guido/Melamed, A. Douglas, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View Of The Cathedral Harvard Law Review 85, 1972, 1098.

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias, EUV, AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 4. Aufl., München 2011.

Castendyk, Oliver, Erlösstrukturen in den audiovisuellen Medien in Deutschland?, ZUM 2013, 709.

Castendyk, Oliver/Kirchherr, Jenny, Das Verbot der Übertragung von Rechten an nicht bekannten Nutzungsarten – Erste Überlegungen für eine Reform des § 31 Abs. 4 UrhG, ZUM 2003, 751.

Cohen Jehoram, Herman, Einige Grundsätze zu den Ausnahmen im Urheberrecht, GRUR Int. 2001, 807.

Czernik, Ilja, § 137l UrhG – Eine ungewöhnliche Übergangsregelung, GRUR Int. 2009, 913.

Czychowski, Christian, „Wenn der dritte Korb aufgemacht wird…" Das zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, GRUR 2008, 586.

d'Aspremont, Jean/Kammerhofer, Jörg, International Legal Positivism in a Post-Modern World, Cambridge 2014 (im Erscheinen).

de la Durantaye, Katharina, Die Nutzung verwaister und vergriffener Werke – Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, ZUM 2013, 437.

Delp, Ludwig, Der Verlagsvertrag, Handbuch für die Praxis des Urhebervertragsrechts mit Vertragsmustern, Erläuterungen und den Gesetzen über das Urheberrecht und das Verlagsrecht sowie sonstigen Regelungen, 8. Aufl., München 2008.

Depenheuer, Otto/Peifer, Klaus-Nikolaus, Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?, Berlin 2008.

Diesbach, Martin, Unbekannte Nutzungsarten bei Altfilmen: Der BGH gegen den Rest der Welt?, Zugleich Anmerkung zu BGH, ZUM 2011, 498 - Polizeirevier Davidswache, ZUM 2011, 623.

Dietz, Adolf, Verfassungsklauseln und Quasi-Verfassungsklauseln zur Rechtfertigung des Urheberrechts – gestern, heute und morgen, GRUR Int. 2006, 1.

Dörmer, Sigrid, Streitbeilegung und neue Entwicklungen im Rahmen von TRIPS – eine Zwischenbilanz nach vier Jahren, GRUR Int. 1998, 919.

Dreier, Thomas/Schulze, Gernot (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, 4. Aufl., München 2012 (zitiert: Dreier/Schulze/*Verfasser*).

Ehmann, Thimo/Fischer, Oliver, Zweitverwertung rechtswissenschaftlicher Texte im Internet 2008, GRUR Int., 284.

Eichholtz, Stephanie, Die US-amerikanische Class Action und ihre deutschen Funktionsäquivalente, Tübingen 2002.

Eisenberg, Theodore/Miller, Geoffrey P., The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues, New York University Law & Economics Research Paper Series Working Paper No. 04-004, 2004, abrufbar unter: http://ssrn.com/abstract=528146.

Elhauge, Einer, Framing the Antitrust Issues in the Google Books Settlement, Harvard Public Law Working Paper No. 10-24, 2009, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/ abstract=1550886.

Ensthaler, Jürgen, Streaming und Urheberrechtsverletzung, NJW 2014, 1553.

Evers, Hans-Ulrich, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, dargestellt am Beispiel der deutschen und österreichischen Rechtsordnung, NJW 1983, 2161.

Favale, Marcella/Homberg, Fabian/Kretschmer, Martin/Mendis, Dinusha/Secchi, Davide, Copyright, and the Regulation of Orphan Works, Newport 2013.

Fechner, Frank, Medienrecht, Lehrbuch des gesamten Medienrechts unter besonderer Berücksichtigung von Presse, Rundfunk und Multimedia, 9. Aufl., Tübingen 2008.

Fichte, Gottlieb, Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, Ein Räsonnement und eine Parabel, UFITA 106, 1987, 155; erstmals erschienen in Berliner Monatsschrift 21, 1793, 443.

Ficsor, Mihály, Collective Management of Copyright and Related Rights, Genf 2002.

Ficsor, Mihály, Collective Management of Copyright and Related Rights at a Triple Crossroad: Should it Remain Voluntary or May it Be Extended od Made Mandatory?, UNESCO e-Copyright Bulletin (2003), 1.

— Collective Management of Copyright in the International Environment, ZUM 2003, 3.

Fischer, Nadine, Lizenzierungsstrukturen bei der nationalen und multiterritorialen Online-Verwertung von Musikwerken, Baden-Baden 2011.

Fischman Afori, Orit, The Evolution of Copyright Law and Inductive Speculations as to its Future, Journal of Intellectual Property Law 19, 2012, 233.

Fitzpatrick, Brian T., An Empirical Study of Class Action Settlements and their Fee Awards, Public Law & Legal Theory Working Paper Number 10-10, 2010, abrufbar unter: http://ssrn.com/abstract= 1442108.

Flechsig, Norbert P., Verteilungspläne von Verwertungsgesellschaften, ZUM 2013, 745.

Flume, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., Berlin 1979.

Forkel, Hans, Gebundene Rechtsübertragungen, Ein Beitrag zu den Verfügungsgeschäften über Patent-, Muster-, Urheber- und Persönlichkeitsrechte, Köln, München 1977.

Frey, Dieter/Rudolph, Matthias, Verfügungen über unbekannte Nutzungsarten: Anmerkungen zum Regierungsentwurf des Zweiten Korbs, ZUM 2007, 13.

Frentz, Wolfgang Frhr. Raitz von /Alemann, Sven von, Die Übertragungsfiktion des § 137l UrhG für unbekannte Nutzungsarten, Ein praktischer Leitfaden für Urheber und Verwerter als Lizenznehmer und Lizenzgeber, ZUM 2010, 38.

Frosio, Giancarlo F., Google Books Rejected: Taking the Orphans to the Digital Public Library of Alexandria, Santa Clara Computers & High Technology Law Journal 28, 2011, 81.

Geiger, Christophe, Der urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft - Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, GRUR Int. 2004, 815.

Geiger, Christophe/Griffiths, Jonathan/Hilty, Reto M., Erklärung für eine ausgewogene Auslegung des Drei-Stufen-Tests im Urheberrecht, GRUR Int. 2008, 822.

Gervais, Daniel, Application of an Extended Collective Licensing Regime in Canada: Principles and Issues Related to Implementation, Vanderbilt Public Law Research Paper No. 11-26, 2003, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/abstract=1920391.

Gierke, Otto von, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, Leipzig 1895.

Gieseke, Ludwig, Vom Privileg zum Urheberrecht, Die Entwicklung des Urheberrechts in Deutschland bis 1845, Göttingen 1995.

Ginsburg, Jane C., Contracts, Orphan Works and Copyright Norms: What Role of Berne and TRIPS?, Columbia Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Group, Number 09-200, abrufbar unter: http://ssrn.com/abstract=1357503.

— The U.S. Experience with Mandatory Copyright Formalities: A Love/Hate Relationship, Columbia Journal of Law & the Arts 33 (2010), 311 und Columbia Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Group, Number 10-225, 2010, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/abstract=1537247.

— „With untired spirits and formal constancy": Berne-Compatibility of Formal Declaratory Measures to Enhance Title-Searching, Berkeley Technology Law Journal (im Erscheinen 2014), Columbia Public Law Research Paper No. 13-346, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/abstract=2262924.

Gordon, Wendy J., Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors, Columbia Law Review 82, 1982, 1600.

Götting, Horst-Peter, Der Begriff des geistigen Eigentums, GRUR 2006, 353.

Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, Ein Studienbuch, 5. Aufl., München [u. a.] 2012.

Grabitz, Eberhard/Nettesheim, Martin/Hilf, Meinhard (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 53. Aufl., München 2014 (zitiert: Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Verfasser*).

Greenberg, Brad A. More Than Just a Formality: Instant Authorship and Copyright's Opt-Out Future in the Digital Age, UCLA Law Review 59, 2012, 1028.

Grimmelmann, James, The Google Book Search Settlement: Ends, Means, and the Future of Books, ACS Issue Brief; New York Law School Legal Studies Research Paper No. 08/09 #32, 2009, 1, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/abstract=1388846.

— The Elephantine Google Books Settlement, Journal of the Copyright Society of the USA 58 (2011), 497, NYLS Legal Studies Research Paper No. 09/10 #40, 2010, 701, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/abstract=1622053.

— Future Conduct And The Limits of Class-Action Settlement, North Carolina Law Review 91, 2012, 387, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/abstract=2214333.

Grohmann, Arno, Die Übertragungsfiktion für unbekannte Nutzungsrechte nach dem Zweiten Korb am Beispiel des Musikverlagsvertrags, GRUR Int. 2008, 1056.

Grote, Sophia, Europäische Perspektiven der Rechtewahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften, Bd. 51, Baden-Baden 2012.

Hansen, David R., Orphan Works: Definitional Issues, Berkeley Digital Library Copyright Project White Paper No. 1, 2011, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/abstract=1974614.

Hansen, Gerd, Warum Urheberrecht?, Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, Baden-Baden, Bern 2009.

Hay, Peter, US-amerikanisches Recht, Ein Studienbuch, 5. Aufl., München, Wien 2011.

Heckmann, Jörn, Die retrospektive Digitalisierung von Printpublikationen, Frankfurt am Main 2011.

Heß, Burckhard, Die Anerkennung eines Class Action Settlement in Deutschland, JZ 2000, 373.

Hilgendorf, Eric/Joerden, Jan C. (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, Stuttgart 2013.

Hilty, Reto M., Die Verwertung von Urheberrechten in Europa, La gestion collective du droit d'auteur en Europe, Basel, Brüssel, Köln 1995.

— Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht? Gedanken zu Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette, GRUR 2009, 633.

Hilty, Reto M./Jaeger, Thomas/Kitz, Volker, Geistiges Eigentum: Herausforderung, Durchsetzung, Berlin, Heidelberg 2008.

Hilty, Reto M./Peukert, Alexander, Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004.

Hirsch, Ernst E., Die Werkherrschaft. Ein Beitrag zur Lehre von der Natur der Rechte an Geisteswerken, UFITA 36, 1962, 19.

Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich/Holznagel, Bernd, Handbuch Multimedia-Recht, Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, 2014 (zitiert: Hoeren/Sieber/Holz-nagel/*Verfasser*)

Hohfeld, Wesley N., Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, Yale Law Journal 23, 1913, 16.

Hugenholtz, Bernt/Okediji, Ruth, Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright, Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-43, 2008, abrufbar unter: http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/limitations_exceptions_copyright.pdf.

Jabloner, Clemens, Gedenkschrift Robert Walter, Wien 2013 (zitiert: Jabloner/*Verfasser*)

Jarass, Hans D., Der grundrechtliche Eigentumsschutz im EU-Recht, NVwZ. 2006, 1089.

— Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte, der Grundrechtsregelungen der Verträge und der EMRK, Kommentar, 2. Aufl., München 2013.

Jasiewicz, Monika I., Copyright Protection in an Opt-Out World: Implied License Doctrine and News Aggregators, The Yale Law Journal 122 (2012), 837.

Kant, Immanuel, Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, UFITA 106, 1987, 137; erstmals erschienen in Berlinische Monatsschrift 5, 1785, 403.

Katzenberger, Paul, Filmurheber und § 137l UrhG, Beitrag zum Symposium „Bildgestaltung und Urhebervertragsrecht" des Bundesverbandes Kamera (bvk) am 23.01.2010 in Berlin 2010, GRUR Int. 2010, 710.

— Zwangsdigitalisierung urheberrechtlich geschützter Werke in den USA und in Deutschland: Das Projekt Google Book Search und § 137l UrhG 2010, GRUR Int.2010 563.

— TRIPS und das Urheberrecht, GRUR Int. 1995, 447.

Kellerhals, Miriam/Lehmkuhl, Carolina, Wer profitiert von der Übertragungsfiktion des § 137 l Abs. 1 UrhG in der Lizenzkette?, Bedeutung des § 137l UrhG für Lizenzverträge zwischen Buchverlagen und Filmproduzenten bei zu Grunde liegenden Verlagsverträgen aus der Zeit zwischen dem 1.1.1966 und dem 1.1.2008, ZUM 2010, 678.

Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Studienausgabe der 1. Aufl. 1934, Tübingen 2008.

— Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl., Wien 1960.

Kley, Andreas/Tophinke, Esther, Hans Kelsen und die Reine Rechtslehre, JA 2001, 169.

Klickermann, Paul H., Sendearchive im Fokus unbekannter Nutzungsarten, MMR 2007, 221.

Klöhn, Lars, Unbekannte Nutzungsarten nach dem „Zweiten Korb" der Urheberrechtsreform, K&R 2008, 77.

Klonoff, Robert H., The Decline of Class Action, Washington University Law Review 90, 2013, 729, abrufbar unter: http://digitalcommons.law.wustl.edu/cgi/viewcontent. cgi?article= 6004&context =lawreview.

— Class Actions for Monetary Relief Under Rule 23(b)(1)(A) and (b)(1)(B): Does Due Process Require Notice and Opt-Out Rights?, George Washington Law Review 82, 2014, 798.

Koch, Frank A., Der Content bleibt im Netz – gesicherte Werkverwertung durch Streaming-Verfahren, GRUR 2010, 574.

Kohler, Josef, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, Stuttgart 1907.

Krawietz, Werner/Schelsky, Helmut, Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, Bd. 5, Berlin 1984.

Krawietz, Werner/Schelsky, Helmut/Winkler, Günther/Schramm, Alfred, Theorie der Normen, Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag, Berlin 1984 (zitiert: Krawietz/Schelsky/*Verfasser*).

Kreile, Johannes, Der Zweitverwertungsmarkt – Ein Weg zur Stärkung der Unabhängigkeit der Produzenten, ZUM 2000, 364.

Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 4. Aufl., Bd. 1, München 2013 (zitiert: MüKo ZPO/*Verfasser*).

Kuhlen, Rainer, Erfolgreiches Scheitern – eine Götterdämmerung des Urheberrechts?, Boizenburg 2008.

Kunz-Hallstein, Hans Peter/Loschelder Michael, Stellungnahme der GRUR zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister Werke und zu weiteren Änderungen des Urheberrechtsgesetzes und des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes vom 20. 2. 2013, GRUR 2013, 480.

Kur, Annette, Of Oceans, Islands, and Inland Water – How Much Room for Exceptions and Limitations Under the Three-Step Test?, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series, 2008, abrufbar unter: http://ssrn.com/abstract=1317707.

Landes, William M./Posner, Richard A., An Economic Analysis of Copyright Law, The Journal of Legal Studies 18 (1989), 325.

— The Economic Structure of Intellectual Property Law, Cambridge [Mass.] 2003.

Lehmann, Michael, Eigentum, geistiges Eigentum, gewerbliche Schutzrechte: Property Rights als Wettbewerbsbeschränkungen zur Förderung des Wettbewerbs, GRUR Int. 1983, 356.

Leistner, Matthias/Hansen, Gerd, Die Begründung des Urheberrechts im digitalen Zeitalter, Versuch einer Zusammenführung von individualistischen und utilitaristischen Rechtfertigungsbemühungen, GRUR Int. 2008, 479.

Lenth, Timo, Class action-reaction, Zur Zustellung einer missbräuchlichen class action-Klageschrift und den Reaktionsmöglichkeiten deutscher Unternehmen, Europäische Hochschulschriften, Bd. 5404, Frankfurt am Main [u. a.] 2013.

Leventer, N. Orly, Google Book Search und vergleichendes Urheberrecht, Unter Heranziehung des US-amerikanischen und deutschen Rechts, Baden-Baden 2011.

Lewinski, Silke von, Mandatory Collective Administration of Exclusive Rights – A Case Study On Its Compatibility With International and EC Copyright Law, UNESCO e-Copyright Bulletin, January-March 2004, 1, abrufbar unter: http://portal.unesco.org/culture/en/files/19552/11515904771svl_ e.pdf/svl_e.pdf.

Lessig, Lawrence, Code: Version 2.0, New York 2006.

Lieckfeld, Malte, Die Zukunft digitaler Bibliotheken auf dem Prüfstand, Urheberrechtliche Hindernisse für digitale Bibliotheken im deutschen und amerikanischen Urheberrecht am Beispiel der Google-Buchsuche, Frankfurt am Main [u. a.] 2011.

Locke, John/Laslett, Peter, Two Treatises of Government, Student ed., Cambridge [England], New York 1988.

Loewenheim, Ulrich (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl., München 2010.

Loewenheim, Ulrich/Schricker, Gerhard (Hrsg.), Urheberrecht, Kommentar, 4. Aufl., München 2010 (zitiert: Schricker/Loewenheim/*Verfasser*).

Lucke, Bettina, Die Google Buchsuche nach deutschem Urheberrecht und US-amerikanischem Copyright Law, Frankfurt am Main 2010.

Mankiw, Nicholas G./Taylor, Mark P., Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 5. Aufl., Stuttgart 2012.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.)*, Herzog, Roman/Herdegen, Matthias/Scholz, Rupert/Klein, Hans H.* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 70. Aufl., München 2013 (zitiert: Maunz/Dürig/*Verfasser*).

Melichar, Ferdinand, Die Wahrnehmung von Urheberrechten durch Verwertungsgesellschaften, Am Beispiel der VG WORT, Bd. 5, München 1983.

Metzger, Axel, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, München 2002.

— Rechtsgeschäfte über das Urheberpersönlichkeitsrecht nach dem neuen Urhebervertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung der französischen Rechtslage, München 2003, 9.

Möller, Frederik, Verwaiste Werke, Eine Analyse aus internationaler Perspektive, Baden-Baden 2013.

Müller-Langer, Frank/Scheufen, Marc, The Google Book Search Settlement: A Law and Economics Analysis, Review of Economic Research on Copyright Issues 8, 2011, 7, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/abstract=1775678.

Nagareda, Richard A., Autonomy, Peace, And „Put" Options In The Mass Tort Class Action, Vanderbilt Public Law Research Paper No. 01-12, 2002; Harvard Law Review 115, 2002, 747, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/abstract=292841.

Nordemann, Wilhelm/Fromm, Friedrich Karl, Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 11. Aufl., Stuttgart 2014 (zitiert: Fromm/Nordemann/*Verfasser*).

Nordemann, Wilhelm/Loewenheim, Ulrich, Urheberrecht im Informationszeitalter, Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag am 8. Januar 2004, München 2004.

Nordemann, Wilhelm/Vinck, Kai/Hertin, Paul W., International Copyright and Neighboring Rights Law, Commentary with Special Emphasis on the European Community, Weinheim 1990.

Ohler, Christoph, Die Bindung der Europäischen Union an das WTO-Recht, EuR-Bei. 2012, 137.

Ohly, Ansgar, „Volenti non fit iniuria", Die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen 2002.

Osenberg, Ralph, Die Unverzichtbarkeit des Urheberpersönlichkeitsrechts, Berlin 1979.

Ott, Stephan, Zulässigkeit der Erstellung von Thumbnails durch Bilder- und Nachrichtensuchmaschinen?, ZUM 2007, 119.

Pache, Eckhard/Bielitz, Joachim, Das Verhältnis der EG zu den völkerrechtlichen Verträgen ihrer Mitgliedsstaaten, EuR-Bei. 2006, 316.

Pahlow, Louis, Von Müttern, Töchtern und Enkeln, Zu Rechtscharakter und Wirkung des urhebervertraglichen Rückrufs, GRUR Int. 2010, 113.

Palandt, Otto (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 70. Aufl., München 2011 (zitiert: Palandt/*Verfasser*).

Peherstorfer, Lukas, Social Media für die Suchmaschinenoptimierung: Wie wirken sich Facebook, Google+ und Co. auf das Ranking Ihrer Webseite aus?, Hamburg 2013.

Peifer, Karl-Nikolaus, Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und Youtube, Urheberrechtliche Lösungen für die audiovisuelle Medienwelt, Vortragsveranstaltung des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln vom 18. Juni 2010, München 2011.

Pentheroudakis, Chryssoula, Urheberrechtlicher Wandel und die kollektive Wahrnehmung in der Informationsgesellschaft, Baden-Baden, Hamburg 2009.

Peukert, Alexander, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, Hastings Communications & Entertainment Law Journal 28, 2005, 1.

— Güterzuordnung als Rechtsprinzip, Tübingen 2008.

— Deutschland v. Google: Dokumentation einer Auseinandersetzung, UFITA 2010/II, 477.

— Das Urheberrecht und die zwei Kulturen der Online-Kommunikation, GRUR-Bei. 2014, 77.

Picker, Randal C., The Google Book Search Settlement: A New Orphan-Works Monopoly, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 462, 2009, 1; Journal of Competition Law and Economics 3, 2009, 383, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/abstract =1387582.

— After Google Book Search: Rebooting the Digital Library, University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 559, 2011, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/abstract=1864031.

Poeppel, Jan, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, Göttingen 2005.

Poll, Günter, Urheberschaft und Verwertungsrechte am Filmwerk, ZUM 1999, 29.

Pütter, Johann Stephan, Der Büchernachdruck nach den ächten Grundsätzen des Rechts geprüft, Göttingen 1774.

Reber, Nikolaus, Digitale Verwertungstechniken – neue Nutzungsarten: Hält das Urheberrecht der technischen Entwicklung noch stand?, GRUR Int. 1998, 792.

Rehbinder, Urheberrrecht, 14. Aufl., München 2006.

Rehbinder/Peukert, Urheberrecht, 17. Aufl., München 2015.

Reich, Michael Mark, Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, München 2006.

Reinbothe, Jörg, Die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht, ZUM 2003, 43.

Reuss, Roland (Hrsg.), Autorschaft als Werkherrschaft in digitaler Zeit, Symposium Frankfurt, 15. Juli 2009, Frankfurt am Main 2009.

Ricketson, Sam/Ginsburg, Jane C., International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond, 2. Aufl., Oxford, New York 2006.

Riesenhuber, Karl, Beim Abschluss des Wahrnehmungsvertrags sind die Berechtigten Unternehmer i. S. v. § 14 BGB, ZUM 2002, 777.

— Der Einfluss der RBÜ auf die Auslegung des deutschen Urheberrechtsgesetzes, ZUM 2003, 333.

— Die Auslegung des Wahrnehmungsvertrags, GRUR 2005, 712.

— Grundlagen der „angemessenen Vergütung“, GRUR 2013, 582.

Rigamonti, Cyrill P., Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts, Baden-Baden 2001.

Riis, Thomas/Schovsbo, Jens, Extended Collective Licenses and the Nordic Experience – It's a Hybrid but is it a VOLVO or a Lemon? Columbia Journal of Law & the Arts 33, 2010, 471, abrufbar unter: http://ssrn.com/abstract=1535230.

— Extended Collective Licenses in Action, IIC 2012, 930.

Rösler, Hannes, „The Future of Books“ – Symposium zur urheberechtlichen Zulässigkeit der Google Buchsuche, GRUR Int. 2008, 489.

Rubenstein, William B., Finality In Class Action Litigation: Lessons From Habeas, New York University Law Review 82, 2007, 790.

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl., München 2012 (zitiert: MüKo BGB/*Verfasser*).

Sag, Matthew, Copyright and Copy-Reliant Technology, Northwestern University Law Review, 2009, 1607, abrufbar unter: http://ssrn.com/abstract=1257086.

Sag, Matthew, The Google Book Settlement and the Fair Use Counterfactual, New York Law School Law Review 55, 2010, 19, abrufbar unter: http://ssrn.com/abstract=1437812.

Samuelson, Pamela, Google Book Search and the Future of Books in Cyberspace, Minnesota Law Review 94, 2009, 1308, abrufbar unter: http://ssrn.com/abstract=1535067.

— Legislative Alternatives to the Google Book Settlement, Columbia Journal of Law & the Arts 34, 2011, abrufbar unter: http://ssrn.com/abstract=1818126.

— The Google Book Settlement as Copyright Reform, Wisconsin Law Review 2011, 479.

Sauer, Heiko, Die innergemeinschaftlichen Wirkungen von WTO-Streitbeilegungsentscheidungen - Begriffliche und dogmatische Klärungen, EuR 2004, 463.

Schierholz, Anke/Melichar, Ferdinand (Hrsg.), Kunst, Recht und Geld, Festschrift für Gerhard Pfennig zum 65. Geburtstag, München 2012.

Schippan, Martin, Können Schätze aus Zeitungsarchiven nun gehoben werden?, Eine Betrachtung der Neuregelung zur Einräumung der Rechte für unbekannte Nutzungsarten aus Sicht von Zeitungsverlegern, ZUM 2008, 844.

Schmaus, Stefan, Der E-Book-Verlagsvertrag, Baden-Baden 2002.

Schmidt, Karsten, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., München 2010 (zitiert: MüKo HGB/*Verfasser*).

Schmidt-Hern, Kai Hendrik, Archive öffnen und wieder schließen? § 137l UrhG und Art. 14 GG, ZUM 2008, 928.

Schulz, Julia/Zuhal Ayar, Rechtliche Fragestellungen und Probleme rund um das E-Book, Betrachtung der rechtlichen Beziehung zwischen Autor und Verleger, MMR 2012, 652.

Schwartmann, Rolf/Hentsch, Christian-Henner, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Urheberrechtsdebatte, ZUM 2012, 759.

Sebastian, Sascha, Geistiges Eigentum als europäisches Menschenrecht, Zur Bedeutung von Artikel 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK für das Immaterialgüterrecht, GRUR Int. 2013, 524.

Senftleben, Martin, Copyright, Limitations, and the Three-Step Test, An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law, Den Haag, New York 2004.

— Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int. 2004, 200.

— How to Overcome the Normal Exploitation Obstacle: Opt-Out Formalities, Embargo Periods, Berkeley Technology Law Journal Commentaries 1, 2014, 1, abrufbar unter: http://ssrn.com/abstract=2331688.

Siebert, Sabine, Die Auslegung der Wahrnehmungsverträge unter Berücksichtigung der digitalen Technik, Erläutert am Beispiel der GEMA, GVL, VG WORT und VG BILD-KUNST, München 2002.

Spindler, Gerald, Ein Durchbruch für die Retrodigitalisierung?, Die Orphan-Works-Richtlinie und der jüngste Referentenentwurf zur Änderung des Urheberrechts, ZUM 2013, 349.

— Die Reform des Urheberrechts, NJW 2014, 2550.

Spindler, Gerald/Heckmann, Jörn, Der rückwirkende Entfall unbekannter Nutzungsrechte (§ 137l UrhG-E) – Schließt die Archive? ZUM 2006, 620.

— Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen, Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda, GRUR Int. 2008, 271.

Spindler, Gerald/Schuster, Fabian (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl., München 2011 (zitiert: *Spindler/Schuster*).

Spindler, Johannes Carl, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Prozessvergleiche unter besonderer Berücksichtigung der US-amerikanischen Class Action Settlements, Konstanz 2001.

Sprigman, Christopher, Reform(aliz)ing Copyright, Stanford Law Review 57, 2004, 485, abrufbar unter: http://ssrn.com/abstract=578502.

Stamatoudi, Irini/Torremans, Paul, EU Copyright Law, A Commentary, Cheltenham [u. a.] 2014.

Steinhauer, Eric W., EU-Kommission will Digitalisierung verwaister Werke ermöglichen – Auswirkungen der geplanten Richtlinie auf Recht und Gesetzgebung in Deutschland, GRUR-Prax. 2011, 288.

Thielecke, Susanna, Möglichkeiten kollektiver Wahrnehmung des Urheberpersönlichkeitsrechts, Ansätze zu einer europäischen Lösung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland und Großbritannien, München 2003.

Thomas, Heinz/Putzo, Hans/Reichold, Klaus/Hüßtege, Rainer/Seiler, Christian (Hrsg.), Zivilprozess-ordnung, 33. Aufl., München 2012 (zitiert: Thomas/Putzo/*Verfasser*).

Tinnefeld, Robert, Die Einwilligung in urheberrechtliche Nutzungen im Internet, Tübingen 2012.

Travis, Hannibal, Opting Out of the Internet in the United States and the European Union: Copyright, Safe Harbors, and International Law, Notre Dame Law Review 83, 2008, 332, abrufbar unter: http://ssrn.com/abstract=1221642.

Ulmer, Eugen, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., Berlin, New York 1980.

van Gompel, Stef, Formalities in Copyright Law, An Analysis of Their History, Rationales and Possible Future, Alphen aan den Rijn, Frederick [MD] 2011.

van Gompel, Stef, Copyright Formalities in the Internet Age: Filters of the Protection or Facilitators of Licensing, Berkeley Technology Law Journal 28, 2013, 1425, abrufbar unter: http://ssrn.com/abstract= 2420312.

van Gompel, Stef/Hugenholtz, Bernt P., The Orphan Works Problem: The Copyright Conundrum of Digitizing Large-Scale Audiovisual Archives, and How to Solve It, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2012-10 (2012), abrufbar unter: http://ssrn.com/abstract=1986876.

Ventroni, Stefan/Poll, Günter, Musiklizenzerwerb durch Online-Dienste, MMR 2002, 648.

Verweyen, Urs, Pacta sunt servanda? Anmerkung zu § 31 a UrhG n. F., ZUM 2008, 217.

Vogel, Martin, Wahrnehmungsrecht und Verwertungsgesellschaften in der Bundesrepublik Deutschland – Eine Bestandsaufnahme im Hinblick auf die Harmonisierung des Urheberrechts in der Europäischen Gemeinschaft, GRUR 1993, 513.

Vuopala, Anna, Assessment of the Orphan works issue and Costs for Rights Clearance, 2010, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/reports_orphan/anna_report.pdf.

Wadle, Elmar, Geistiges Eigentum, München 2003.

Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl., München 2009 (zitiert: Wandtke/Bullinger/*Verfasser*).

Wandtke, Artur-Axel/Holzapfel, Henrik, Ist § 31 IV UrhG noch zeitgemäß?, GRUR 2004, 284.

Wasserman, Rhonda, The Curious Complications with Back-End Opt-Out Rights, William and Mary Law Review 49, 2007, 373, abrufbar unter: http://ssrn.com/abstract=975692.

Weber, Albrecht/Moos, Flemming, Rechtswirkungen von WTO-Streitbeilegungsentscheidungen im Gemeinschaftsrecht, EuZW 1999, 229.

Weber, Peter, Neue Nutzungsarten - Neue Organisation der Rechteverwaltung?, ZUM 2007, 688.

— Umsetzung der EU-Richtlinie für Verwertungsgesellschaften in deutsches Recht, Umsetzungs-bedarf aus Sicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, ZUM 2014, 476.

Wiebe, Andreas, Die elektronische Willenserklärung, Kommunikationstheoretische und rechtsdogmatische Grundlagen des elektronischen Geschäftsverkehrs, Tübingen 2002.

Wolff, Tobias Barrington, Preclusion in Class Action Litigation, Columbia Law Review 105, 2005, 717, abrufbar unter: http://ssrn.com/abstract=609128.

Würdinger, Markus, Doppelwirkungen im Zivilrecht, Eine 100-jährige juristische Entdeckung, JuS 2011, 769.

Wyduckel, Dieter/Aarnio, Aulis, Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit, Festschrift für Werner Krawietz zum 65. Geburtstag, Berlin 1993.

Zur Nieden, Wolf, Zustellungsverweigerung rechtsmissbräuchlicher Klagen in Deutschland nach Artikel 13 des Haager Zustellungsübereinkommens, Zugleich ein Beitrag zum deutsch-amerikanischen Justizkonflikt, Frankfurt am Main 2011.

Das Urheberrecht ist als absolutes Ausschließlichkeitsrecht ausgestaltet, d. h. für jede rechtmäßige Nutzung durch Dritte ist die Zustimmung des Urhebers notwendig. Dafür hat sich im Urheberrecht der Begriff Opt-In etabliert. Der Autor vergleicht vier Regelungsmodelle, die dieses Grundkonzept auf den Kopf stellen und es Begünstigten erlauben, urheberrechtlich geschützte Werke ohne vorherige Zustimmung zu nutzen, solange der Rechtsinhaber dieser Nutzung nicht widerspricht. Derartige Konzepte werden als Opt-Out-Modelle bezeichnet. Zugleich binden die Modelle Elemente der kollektiven Verwertung und insbesondere Verwertungsgesellschaften ein. Der Autor untersucht diese Modelle umfassend und vergleicht sie. Schließlich beantwortet der Autor die Frage, ob die verschiedenen Modelle verallgemeinerungsfähig sind, sodass Opt-In zugunsten Opt-Out verdrängt werden könnte.



ISBN: 978-3-86395-223-5

Universitätsverlag Göttingen